

# UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

*Bartolomé de las Casas*



**TESINA**

***“EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS  
PÚBLICOS: LOS PRINCIPIOS Y SU IRRADIACIÓN”***

**Presentada para optar el grado de:  
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos**

**Alumno: Esteban Greciet García  
Directora: Emilio Pajares Montolío**

**Getafe-Madrid  
2013**

**EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS  
PÚBLICOS: LOS PRINCIPIOS Y SU IRRADIACIÓN.**

**Trabajo de Fin del Master Universitario en  
Estudios Avanzados en Derechos Humanos  
del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”.  
Universidad Carlos III de Madrid.**

*Autor: Esteban Greciet García.*

*Director: Prof. Dr. D. Emilio Pajares Montolio.*

## ÍNDICE

	<u>INTRODUCCIÓN.</u>	3
1.	<u>EL ESTATUTO DEL EMPLEADO PÚBLICO COMO NORMA BÁSICA.</u>	6
1.1.	<u>Las “bases” del régimen estatutario de los empleados públicos.</u>	6
1.2	<u>La particularización de esas “bases” en el Estatuto del Empleado Público.</u>	10
2.	<u>LOS DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS COMO “RAÍZ HIPOTÉTICA” DE SU RÉGIMEN DISCIPLINARIO.</u>	19
2.1.	<u>La ética en el Estatuto Básico del Empleado Público.</u>	19
2.2.	<u>Sus precedentes en los “principios” de otras leyes y normas: significado constitucional y marco comparado e internacional.</u>	21
2.3.	<u>Excursus sobre la ética pública.</u>	27
2.4.	<u>Código ético y Código de Conducta en el Estatuto Básico del Empleado Público.</u>	35
3.	<u>LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y DE LA RESPONSABILIDAD COMO PRIUS DE LOS DEMÁS PRINCIPIOS.</u>	46

<b><u>3.1.</u></b>	<b><u>Relevancia del principio de imparcialidad para el estatuto jurídico y el régimen disciplinario de los empleados públicos.</u></b>	<b>46</b>
<b><u>3.2.</u></b>	<b><u>Configuración general de la responsabilidad disciplinaria: la “huida” de la sujeción especial.</u></b>	<b>54</b>
<b>4.</b>	<b><u>LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA: DOCTRINA SOBRE LOS MISMOS EN SU DIMENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.</u></b>	<b>63</b>
<b><u>4.1.</u></b>	<b><u>Los principios del “ius puniendi” aplicados al ejercicio de la potestad disciplinaria: análisis singularizado.</u></b>	<b>63</b>
	a) Legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones.	64
	b) Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables.	82
	c) Proporcionalidad.	85
	d) Culpabilidad.	93
	e) Presunción de inocencia y procedimiento disciplinario.	97
	f) Prescripción de las faltas y sanciones.	104
	g) Prohibición de la analogía <i>in malam partem</i> .	110
	h) <i>Non bis in idem</i> y prejudicialidad penal.	111
	i) Intervención mínima y otros principios del Derecho penal.	126
<b><u>4.2.</u></b>	<b><u>Otros derechos: el empleado público como administrado.</u></b>	<b>127</b>
<b>5.</b>	<b><u>EL “CARÁCTER IRRADIANTE” DE LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA: SU EXTENSIÓN AL PERSONAL AL SERVICIO DE LOS PODERES PÚBLICOS.</u></b>	<b>130</b>
<b>6.</b>	<b><u>CONCLUSIONES.</u></b>	<b>139</b>

## **INTRODUCCIÓN.**

El motivo de este trabajo obedece a una inquietud surgida con ocasión de un Curso de Verano celebrado hace ya algunos años (julio de 2008) por la Universidad de Cantabria, sobre la adaptación del Estatuto Básico del Empleado Público, que había sido aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, al personal de las Administraciones parlamentarias: un tipo de empleados públicos, de funcionarios de carrera, al que me honro en pertenecer y cuyo régimen jurídico presenta una serie de singularidades, en consonancia con las instituciones a las que sirven. En aquel Curso me correspondió exponer, en conjunto con otra ponente, la parte relativa a las situaciones administrativas y al régimen disciplinario aplicable a ese personal.

La curiosidad entonces aparecida cristalizó en un primer artículo publicado en el Anuario de Derecho Parlamentario de las Cortes Valencianas, y que cito en la bibliografía de este trabajo, sobre las infracciones disciplinarias en los Estatutos de Personal de los Parlamentos. Se trataba de ver cómo se trababa este régimen jurídico propio con el general de la función pública, en un aspecto del mismo de importante enjundia teórica y, como el lector podrá imaginar, complicada vertiente práctica. La potestad disciplinaria es el último recurso con que las Administraciones Públicas cuentan para resolver los conflictos que se le planteen con quienes están a su servicio, cuando las técnicas de gestión de personal –y lo que es más importante, el sentido

común que debe acompañar el ejercicio de toda responsabilidad directiva, en este ámbito como en otros— no bastan y, sobre todo, cuando la conducta de un empleado público reviste la suficiente gravedad como para merecer una respuesta punitiva de la propia organización para la que trabaja y de la que forma parte con vocación de estabilidad profesional.

El estudio de las sanciones y del procedimiento disciplinario desembocó en el nudo de ese régimen: los principios rectores de esta potestad, enunciados en el Estatuto Básico de una manera que sólo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, había hecho con anterioridad. Se imponía, entonces, trazar el vínculo entre el reconocimiento de esos principios, su recepción en un texto legal de esta naturaleza, y el Derecho sancionador general, cuya dogmática ha partido de la importación de los principios del Derecho penal. También y en atención a la orientación del Máster de Derechos Fundamentales, constatar la genuina dimensión jurídico-positiva de la teoría del Prof. Gregorio PECES-BARBA y su escuela: no sólo por la plasmación de esos principios en una norma con rango de ley, sino por el análisis de su reverso y fundamento en la ética del empleado público, desplegada en los deberes del mismo, a los que el Estatuto Básico dota de una nueva eficacia. Finalmente y en coherencia con lo anterior, buscar el origen constitucional tanto de aquellos principios como de los demás que, en estrecha conexión con ellos, basan la regulación de la función pública en el Derecho español, que con el Estatuto Básico sí deriva ahora, auténticamente, de la Constitución de 1978.

La Ley aprobada en 2007 y los principios de la potestad disciplinaria de los empleados públicos han venido a sustituir a un panorama normativo caracterizado por la dispersión y un grado indeseable de inseguridad jurídica, probablemente “heredado” del régimen político preconstitucional, a lo que se suma la complejidad propia del Estado autonómico, con la que comienza el trabajo al tratarse aquélla de una norma básica. Por lo anterior, se ha considerado preferente, en un sistema democrático como el español y para el análisis de unos principios que son también derechos fundamentales, prestar una atención casi exclusiva a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ésta no se ha pronunciado en demasiadas ocasiones sobre aquella potestad y los principios que le son propios, pero se ha considerado que su doctrina sobre el *ius puniendi* del Estado proporciona unos cimientos conceptuales lo bastante sólidos como para predicar que el Derecho disciplinario es ya, hoy, una manifestación más del sancionador. Por lo demás,

la jurisprudencia de otros Tribunales –señaladamente, el Supremo– ya ha sido objeto de investigaciones y monografías –utilizadas también en nuestro estudio– que no extraen conclusiones muy alejadas de las aquí defendidas.

Dado lo relativamente reciente de la aprobación del Estatuto Básico, se han utilizado varios tipos de fuentes bibliográficas. De un lado, las escasas aunque valiosas obras de “Comentarios” a la Ley 7/2007, que contienen una muy buena exégesis de cada uno de los preceptos de esta norma. De otro, otras obras y artículos sobre Derecho de la función pública, Derecho administrativo general y Ciencia de la Administración, con autores cuya cita resulta imprescindible en un estudio como éste. Y subiendo de menor a mayor abstracción, monografías y artículos sobre derechos fundamentales, Derecho constitucional y Teoría y Filosofía del Derecho; además de otras que no cabrían bajo ninguno de estos epígrafes o, como los clásicos, lo harían en varios de ellos.

Y todo ello, por último, teniendo siempre presente la experiencia real del empleado público y las incertidumbres que azotan a la función pública en un tiempo como el actual. Si la aprobación del Estatuto Básico hace ya más de seis años fue el fruto de un esfuerzo sostenido y compartido –borradores y anteproyectos previos, un “Libro Blanco” de la Comisión preparatoria, negociaciones políticas propias del momento, afán de profundizar en el proceso de descentralización política con una mayor vertebración y, a la vez, autonomía de los entes territoriales en la regulación del empleo público y participación de las organizaciones representativas del personal al servicio de las Administraciones–, el paisaje que se vislumbra cuando se escriben estas líneas invita a la reflexión y a la reafirmación de unos principios que son realización esencial del Estado social y democrático de Derecho proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 y, al cabo, garantía de unos mejores servicios públicos en presencia de unas amenazas cuya transformación en desafíos individuales y colectivos pasa por ser, hoy día, una necesidad ineludible.

## 1. EL ESTATUTO DEL EMPLEADO PÚBLICO COMO NORMA BÁSICA.

### 1.1. Las “bases” del régimen estatutario de los empleados públicos.

La construcción de un nuevo régimen jurídico de los funcionarios en España, a través del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>1</sup> (E.B.E.P.) encuentra en la naturaleza principal y, sobre todo, en la dimensión básica de esta Ley no sólo su elemento más característico y singular, sino acaso el que más milita en favor de su complejidad jurídica y, a la postre, en su capacidad de generar controversia doctrinal. En el presente estudio fijaremos nuestra atención sobre estos aspectos, concretados en la enunciación de los principios de la potestad disciplinaria de los empleados públicos como una de sus manifestaciones señeras, capaz de ser comprendida desde los presupuestos señalados por la teoría de los derechos fundamentales.

Antes y en primer lugar hemos de referirnos, siquiera brevemente, a la **naturaleza y características del E.B.E.P.**<sup>2</sup> dentro del ordenamiento jurídico español, y más en particular en nuestro Derecho público, propio de un Estado compuesto como el que se construye a partir de la Constitución Española de 1978, partiendo del diseño trazado en su Título VIII, desde los principios que lo inspiran a tenor de su art. 2<sup>3</sup>.

La pretensión según la cual el E.B.E.P., como Ley del Estado, habría establecido unas auténticas “**bases**” –en sentido jurídico-constitucional estricto– de aquel régimen es una idea que proclama ya su Exposición de Motivos y refuerzan algunos de sus preceptos más importantes, como el art. 6<sup>4</sup>, en la medida en que abre paso a espacios

---

<sup>1</sup> Aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril.

<sup>2</sup> Aquí y en lo sucesivo, salvo que se indique lo contrario, son nuestras las negritas que aparecen en el texto, incluidos los extractos de la legislación y de la jurisprudencia.

<sup>3</sup> “*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*”.

<sup>4</sup> “*En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas*”.



normativos propios y engarzados a la norma estatal; así como por su D.F. Segunda<sup>5</sup>. Al socaire del proceso de reforma territorial plasmado en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía, ello ha consolidado la descentralización del modelo español de empleo público: así, se ha afirmado que “De esta previsión fácilmente se puede deducir que esa normativa básica representada por el E.B.E.P. puede tener aplicaciones de intensidad diferente en función de cuáles sean los títulos competenciales de los que disponga una determinada Comunidad Autónoma en su respectivo Estatuto”<sup>6</sup>, dado que “el E.B.E.P. asume la heterogeneidad como un valor y por ello la potencia, si bien trata de establecer ciertas bases, realmente mínimas, para su ordenación”<sup>7</sup>.

Es conocida la jurisprudencia constitucional sentada sobre las “bases” como mecanismo de articulación de las competencias legislativas de los entes territoriales según la C.E. Ya tempranamente, desde las Ss.T.C. 32/1981, de 28 de julio y, especialmente, 1/1982, de 28 de enero, vino a afirmarse lo siguiente:

“Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada [...] es que tales bases tengan una **regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación**, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un **común denominador normativo**, a partir del cual **cada Comunidad**, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del **marco de competencias** que **la Constitución y su Estatuto** le hayan atribuido sobre aquella misma materia. Dado su carácter general y fundamental respecto al resto de la ordenación de la materia, las bases de la misma deben tener estabilidad, pues con ellas se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales...”.

Esta fundamental jurisprudencia fue confirmada y desarrollada posteriormente por otros importantes fallos: así las Ss.T.C. 5/1982, de 8 de febrero; 32/1983, de 28 de abril; 48 y 49/1988, de 22 de marzo; 69/1988, de 19 de abril; 227/1988, de 29 de noviembre; 141/1993, de 22 de abril; 118/1996, de 27 de junio; ó 197/1996, de 28 de noviembre, por citar algunas de las más conocidas de los primeros quince años de actividad del T.C., a las que deben unirse, en lo concerniente a las bases del régimen

---

<sup>5</sup> “Las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución”.

<sup>6</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en DEL REY GUANTER (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ TORRES (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, pág. 65.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 11-12.

jurídico de los funcionarios públicos, las igualmente capitales Ss.T.C. 25/1983, de 7 de abril; 76/1983, de 5 de agosto, de la que derivó la aprobación de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico; 99/1987, de 11 de junio, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública<sup>8</sup>; ó 1/2003, de 16 de enero.

La propia S.T.C. 1/1982 añadía que

“... el hecho de que en una determinada materia la Constitución sólo atribuya al Estado la fijación de sus bases no significa, en modo alguno, que a una Comunidad determinada le corresponde ya [...] la regulación de todo lo que no sea básico, pues a **cada Comunidad** sólo le corresponderán aquellas **competencias** que haya asumido en su **Estatuto**, perteneciendo **las demás** al **Estado**, tal como dispone en términos inequívocos el artículo 149.3 de la Constitución...”.

Ello en consonancia con el carácter atributivo de esas competencias, no obstante lo cual, dentro del respeto a lo básico, las Comunidades Autónomas<sup>9</sup> han de disponer de un margen para ejercer su potestad legislativa con diversas opciones a su alcance.

Éste es, pues, el esquema principal del juego bases-desarrollo, en el que “dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley”: esta noción formal de las bases fue aflorando y fundiéndose con el concepto material, inicialmente asentado, merced a la evolución de la jurisprudencia, ya que

“sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al **procedimiento legislativo**, una determinación cierta y estable de los **ámbitos respectivos de ordenación de las materias** en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas, doctrina que se proclama con la afirmación de que ‘las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por básico’...” (S.T.C. 69/1988 y aquéllas en que ésta es citada, como, más recientemente, la S.T.C. 24/2002, de 31 de enero)<sup>10</sup>.

Se exige, por lo demás, la identificación y declaración expresa de la Ley básica como tal, condición que el E.B.E.P. cumple inequívocamente desde su art. 1.1<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> En lo sucesivo, L.M.R.F.P.

<sup>9</sup> En lo sucesivo, CC.AA.

<sup>10</sup> Se detiene en la jurisprudencia del T.C. sobre este aspecto, tratándolo detalladamente, FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2005, págs. 273-301.

<sup>11</sup> “*El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación*”.

Toda esta construcción en torno a la legislación básica y su desarrollo autonómico se proyecta especialmente sobre el régimen jurídico de los empleados públicos en España, lo que ha quedado claro después de pronunciamientos como los de la S.T.C. 37/2002, de 14 de febrero, en la que, como recuerda FERNÁNDEZ FARRERES<sup>12</sup>, se plantea el supuesto carácter básico de la legislación estatal, anterior y posterior a la C.E. de 1978, que aborda el régimen disciplinario de los funcionarios públicos (arts. 31 de la L.M.R.F.P. y concordantes de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado<sup>13</sup>), negando, respecto de los preceptos de la L.F.C.E. y como puede concluirse a partir de su F.J. 9º, que tuvieran tal carácter por *inferencia natural*<sup>14</sup>. De esa Sentencia se hizo eco, posteriormente, la S.T.C. 31/2006, de 1 de febrero:

“En efecto, como ya hemos señalado en otras ocasiones, ‘corresponde al **Estado**, dentro de sus **competencias exclusivas**, establecer las **bases de la función pública** para todas las Administraciones de tal naturaleza (art. 149.1 18ª C.E.), que están recogidas en la Ley. Un corolario de este principio, en el cual hemos hecho hincapié más de una vez, no puede ser otro sino aquél que mantenga la exigencia de que las Leyes autonómicas sobre la materia respeten esas normas básicas estatales (S.T.C. 302/1993, donde se recogen las anteriores), que en tal extremo garantizan además a todos los ciudadanos en cualquier lugar de España la vigencia del **mérito** y la **capacidad** como criterios en los cuales se concreta la **igualdad** para el acceso a la función pública, en la configuración que de este derecho fundamental ofrece la Constitución (art. 23)’ (S.T.C. 388/1993, de 23 de diciembre, F.J. 2º)”.

Finalmente, las Ss.T.C. 181/2012, de 15 de octubre, F.J. 5º; y 191/2012, de 29 de octubre, F.J. 5º, han completado esta línea jurisprudencial concluyendo que

“Es al **Estado** a quien corresponde, en el ejercicio de su competencia *ex art. 149.1.18 C.E.*, realizar la **concreción de lo básico** con el margen de apreciación y oportunidad política que ello supone. Y el Estado, respetando el orden constitucional, goza de completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, [...], salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad (S.T.C. 1/2003, de 16 de enero, F.J. 8º)”.

<sup>12</sup> *Ibidem*, págs. 309-310.

<sup>13</sup> En lo sucesivo, L.F.C.E., aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Para un recorrido histórico por los antecedentes normativos del E.B.E.P., *vid.*, entre otros muchos, MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, *op. cit.*, págs. 14-29.

<sup>14</sup> Según constatan, por ejemplo, MARTÍN REBOLLO, “El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado”, *Revista de Administración Pública*, 174, septiembre-diciembre 2007, pág. 132; y FUENTETAJA PASTOR, “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, 174, septiembre-diciembre 2007, págs. 458 y 461-464.

A tales principios, delineadores de ese derecho de acceso, habremos de aludir más adelante en cuanto a su relación con los del art. 103.3 de la C.E. Aquí hemos de retener que las bases del régimen jurídico de los empleados públicos alcanzan plenamente a los principios de su régimen disciplinario, objeto de nuestro estudio y susceptibles de ser *leídos* como derechos fundamentales. Y ello aun cuando, entre los títulos que contienen la habilitación del legislador estatal al aprobar el E.B.E.P.<sup>15</sup>, no se cite el enunciado en el art. 149.1.1ª de la C.E., según el cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre “*La regulación de las **condiciones básicas** que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los **derechos** y en el cumplimiento de los **deberes** constitucionales*”, lo que se explica porque esta competencia no se identifica exactamente con las “bases” en la concepción aquí desarrollada, dada la interpretación que el T.C. ha realizado de dicho número del art. 149.1<sup>16</sup>.

## **1.2. La particularización de esas “bases” en el Estatuto del Empleado Público.**

Ya la E. de M. del E.B.E.P., como indicábamos, adelanta las intenciones del legislador al abordar esta materia al delimitar el *campo de juego* en el que va a moverse, proclamando que

“... la legislación básica de la función pública debe crear el **marco normativo** que garantice la selección y la carrera sobre la base de los **criterios constitucionales de mérito y capacidad** y que establezca un justo equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos. [...]. Ahora bien, en nuestro país específicamente, esta legislación debe tener en cuenta el amplio proceso de **descentralización administrativa** que ha tenido lugar durante las últimas décadas”.

Aunque cabría calificar esa descentralización de política: como muestra de ello, en los siguientes párrafos de la E. de M., se confirma la opción de la Ley 7/2007 por asentar, en este ámbito, los principios de pluralidad territorial y autonomía política, sin

<sup>15</sup> Según su D.F. Primera, “*Las disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios; al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral, y al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”.

<sup>16</sup> “De acuerdo con la doctrina constitucional”, ha dicho la S.T.C. 148/2012, de 5 de julio, F.J. 4º, “el art. 149.1.1ª C.E. no atribuye al Estado ‘la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales’ [STC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 7º.a)] sino sólo el establecimiento de las posiciones jurídicas fundamentales que tienen por objeto garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes constitucionales”.

perjuicio de otros más generales que, extraídos también de la C.E., la acercan a la legislación administrativa de las dos últimas décadas:

“Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la **densidad de la legislación básica** en materia de función pública debe **reducirse** hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los **Estatutos de Autonomía** y la **doctrina** establecida por el **Tribunal Constitucional**.

De otra parte, la apertura de mayores espacios a la **autonomía organizativa** en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. Asistimos hoy, en efecto, a una gradual **multiplicación** de las **formas de gestión** de las **actividades públicas** dentro de cada **nivel territorial** de gobierno [...]. La organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control”.

De estos propósitos se ha dicho que “La dificultad de establecer una regulación general sobre la función pública en nuestro país en el momento presente resulta innegable. Esta dificultad deriva, de una parte, de la obligación de conjugar las necesidades que impone a la Administración el cumplimiento del mandato constitucional del art. 103.1 C.E. [...] con el respeto a los derechos y expectativas de los funcionarios que integran las distintas Administraciones; de otra, esta ordenación ha de tomar como punto de partida la realidad administrativa y funcional actual [...] y proyectar una estructura que se integre en el Estado Autonómico construido en base a la C.E. 1978”<sup>17</sup>.

Tomando lo anterior como necesario eje y punto de apoyo, el régimen que el E.B.E.P. consagra en su art. 6 ó en su D.F. Segunda, y que veíamos antes, “supone la inserción en el seno de la propia norma básica del reconocimiento de un marco jurídico competencial de las CC.AA. [...] que modula el alcance e intensidad de lo que debe ser

---

<sup>17</sup> MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, op. cit., págs. 13-14.

considerado como básico” por medio de la apelación a los Estatutos de Autonomía como parte sustancial del “bloque de la constitucionalidad”<sup>18</sup>.

La concepción del Estatuto como **Ley básica** en los términos del art. 149.1 de la C.E. no impide, con todo, el que pudiera acercarse a una **Ley de Bases** en el sentido del art. 82.2 y 4 de la misma, como forma de instrumentar una delegación legislativa cuyo ejercicio tuviera por fruto la aprobación de un texto articulado. Tal calificativo traería causa de que el E.B.E.P. precisa inexcusablemente de unas normas complementarias para su cabal aplicación, lo que le convierte en una norma necesitada de tal mediación para ganar total efectividad sobre sus destinatarios: la entrada en vigor de sus diferentes partes queda aplazada en función de la sucesiva aprobación de las Leyes a las que llama en su desarrollo, según las reglas de su D.F. Cuarta.

Y ello como consecuencia de que lo aprobado no es sino “un Estatuto Básico de baja densidad normativa, susceptible de ser adaptado por la legislación de desarrollo a las características propias de cada Administración, de acuerdo con las opciones de los órganos parlamentarios y de gobierno competentes”, con tres tipos de normas: imperativas, habilitantes y orientativas; y sin que ello obedezca únicamente a razones de tipo competencial, vinculadas a la descentralización territorial. También se debe al “proceso de diversificación organizativa al que venimos asistiendo en el ámbito de las Administraciones Públicas”<sup>19</sup>: no sólo al necesario respeto al grado de autonomía de cada nivel de gobierno al establecer el régimen de su propio personal, sino también a la evolución del panorama de las organizaciones públicas de toda índole, que se expresa en la variedad de funciones que han llegado a asumir, como sucede con las llamadas “Administraciones independientes”, las agencias o las autoridades y organismos reguladores de los mercados en sectores estratégicos de la economía<sup>20</sup>; y también con el personal encargado de la prestación de servicios públicos básicos y que presenta singularidades en su régimen jurídico, como ponen de manifiesto los casos del docente y el sanitario (art. 2, aps. 3 y 4 del E.B.E.P.), acaso los dos ejemplos más significativos.

---

<sup>18</sup> AZEMAR I MALLARD, “Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo (arts. 1 a 7)”, en DEL REY GUANTER (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ TORRES (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, págs. 139-140.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ MORÓN, “Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Justicia Administrativa*, 36, julio 2007, págs. 12-13.

<sup>20</sup> Así lo recuerda DEL REY GUANTER, “Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico”, en DEL REY GUANTER (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ TORRES (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, pág. 102.

En este punto, cabe resaltar que el contexto actual de crisis económica y fuerte control financiero y presupuestario de todas las Administraciones Públicas por parte de la Administración General del Estado no ha alterado, en lo sustancial, este escenario, en la medida en que la reducción *cuantitativa* del número de entes públicos no ha comportado, por sí sola, modificación *cualitativa* del marco descrito: la reforma del art. 135 de la C.E., de 27 de septiembre de 2011, y su desarrollo por la L.O. 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, no han afectado a la distribución competencial en materia de empleo público entre el Estado y las CC.AA. ni han implicado modificación alguna del E.B.E.P., ni globalmente ni en el aspecto concreto de la potestad disciplinaria, que aquí centra nuestra atención.

En relación con lo anterior, si el E.B.E.P. proclama, ya desde su parte expositiva, su voluntad omnicomprendiva del régimen del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ello vendría a constituir otro elemento superador, aun no del todo logrado, de la legislación precedente<sup>21</sup>, sintetizando “aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado”, en una tendencia divisoria de ambos sectores de actividad que, por diferentes motivos, va confirmándose en algunas de las más importantes Leyes promulgadas en los últimos años en el seno del Derecho administrativo español. Tal distinción fundamental pervive, como veremos, incluso en el personal que enuncia el art. 4 del propio E.B.E.P., pues, como se ha hecho notar, “La característica central es [...] que estos colectivos están sometidos a una relación de derecho público aunque el órgano para el que prestan dichos servicios no queda incluido dentro del ámbito de aplicación general del E.B.E.P. porque las entidades en cuestión aunque formen parte de un concepto general de Sector Público –en términos presupuestarios– no se encuentran incluidos en el concepto general de las Administraciones o de entidades públicas vinculadas o dependientes de las mismas”<sup>22</sup>.

Desde la doctrina se ha dicho, en fin, que la dispersión normativa y la necesaria actualización formal del Derecho del empleo público “ha provocado en el pasado reciente algunas dudas sobre lo que es o no básico y dificultades de interpretación, con

<sup>21</sup> Integrada, en lo esencial, por la L.F.C.E. de 1964 y, ya después de la entrada en vigor de la C.E., por la L.M.R.F.P.

<sup>22</sup> PALOMAR OLMEDA, “Título I. Objeto y ámbito de aplicación”, en PALOMAR OLMEDA y SEMPERE NAVARRO (dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 59.

la consiguiente inseguridad jurídica. De hecho, la refundición en un solo texto legal de toda la legislación básica, depurándola técnicamente y armonizándola, habría justificado de por sí la aprobación del Estatuto Básico”<sup>23</sup>.

En particular, en el **régimen disciplinario** vendría a reafirmarse la concepción del E.B.E.P. como Ley básica, pues, como sigue diciendo su E. de M., el Estatuto,

“de conformidad con su **carácter básico**, se limita a ordenar los **principios** a que debe someterse el **ejercicio** de esta **potestad pública** respecto de los empleados públicos, tipifica las infracciones muy graves y amplía el abanico de posibles sanciones. Por lo demás se remite ampliamente a la **legislación** que, en su **desarrollo**, dicten el **Estado** y las **Comunidades Autónomas** en el ámbito de sus respectivas **competencias**”.

Así pues, el Título VII presenta una cierta falta de predeterminación de bastantes de sus previsiones, lo que justifica su desarrollo normativo por medio de una Ley estatal y de las autonómicas que encajen en su contenido, completándolo.

No diferiría ello, pues, de otros Títulos del E.B.E.P. Como se ha subrayado en los comentarios a sus arts. 2 y 6, partiendo de que “la opción de conformación constitucional es dual”, en un régimen general y regímenes especiales “que constituyen el primer nivel normativo de aplicación” para los colectivos a los que abarcan, “realmente puede decirse que la construcción final de estos modelos diferenciados y adaptados a las propias características de cada una de las Administraciones Públicas constituye, sin duda, el gran reto de esta norma jurídica y del modelo que en relación con la misma se establece”, con los límites propios del gasto público y del respeto a los derechos adquiridos de los empleados públicos, previéndose “una opción nítidamente perceptible: el establecimiento de modelos propios hechos sobre la base de los elementos materiales que suponen los principios comunes que se establecen en el E.B.E.P.”, mediante su conformación por las normas con rango de ley que aprueben las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas<sup>24</sup>.

En el mismo sentido, se ha destacado que “el E.B.E.P. representa una concepción de lo básico en la que los márgenes de configuración del legislador de

<sup>23</sup> SÁNCHEZ MORÓN, “Consideraciones...”, op. cit., pág. 10.

<sup>24</sup> Tal como lo analiza PALOMAR OLMEDA, “Título I...”, op. cit., págs. 44 y 72-74. Dentro de esa parcelación de subsistemas territoriales habría que añadir al empleo público local, “la eterna olvidada de todos los procesos de reforma, quedando todavía pendiente la siempre aplazada ‘segunda descentralización’ [...] cuyas consecuencias más inmediatas en caso de impulsarse serían las de transferir una buena parte de los efectivos del nivel autonómico de gobierno a los niveles locales” (JIMÉNEZ ASENSIO, op. cit., pág. 51).



desarrollo se han visto ampliados al menos en algunas materias [...]. Sin embargo, el legislador básico ha sido esta vez coherente con la idea [...] de que las administraciones autonómicas y locales deben poder configurar su propia política de personal y ha pretendido imponer las menos hipotecas posibles a la consecución de ese objetivo”, para admitir después, no obstante, que el legislador básico “ofrece una forma de actuar un tanto paradójica: en algunos temas lleva a cabo una regulación muy abierta [...] y en otros una regulación muy cerrada [...]. Se justificará esa forma de actuar en cuestiones tales como las condiciones de igualdad que deben presidir la regulación de los derechos de los funcionarios, pero téngase en cuenta que no se ha invocado en ningún momento el art. 149.1.1 C.E. [...], sin perjuicio de que su espíritu late en alguna de las regulaciones que se han hecho en el E.B.E.P.”<sup>25</sup>. El régimen disciplinario constituiría un paradigma de esta afirmación, una vez verificada la imposibilidad de que ese precepto constitucional actuase aquí como habilitador de competencias del Estado y su consiguiente omisión en la D.F. Primera del E.B.E.P.

Conviene precisar, con todo que la S.T.C. 1/1982 descartaba totalmente la identificación del concepto de legislación básica con el de las Leyes de Bases en el sentido de los arts. 82 y 83 de la C.E.<sup>26</sup> o con la **Ley marco** según su art. 150.1<sup>27</sup>, si bien ello no debería ser óbice para que se explorara esta hipótesis<sup>28</sup>, dada la radical novedad de la forma de abordar esas bases por el E.B.E.P. y, por ende, las similitudes que pudiera guardar éste con esos tipos normativos. Tendría ello un apoyo doctrinal en un autor como MUÑOZ MACHADO, quien llega a caracterizar técnicamente las Leyes marco como delegaciones legislativas, sugiriendo que “se trata de la identificación de las previsiones del artículo citado [el art. 150 de la C.E.] con las que contienen los artículos 82 y siguientes de la Constitución, de manera que la forma precisa de llevar a

---

<sup>25</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, op. cit., págs. 64 y 83-84.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit., págs. 238-239.

<sup>27</sup> “*Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas*”.

<sup>28</sup> Y ello aun teniendo en cuenta las diferencias entre leyes marco y leyes básicas, tal como las enuncia DONAIRE VILLA, *La ley marco. Teoría y práctica constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, págs. 68-69.

cabo las habilitaciones a que aquel precepto se refiere sea el dictado por el Estado de leyes de bases a articular ulteriormente por las Comunidades Autónomas”<sup>29</sup>.

Por su parte y en similar sentido, EMBID IRUJO señala que en el E.B.E.P. hay “pocas normas absolutamente compulsivas y cerradas [...], que deban ser cumplidas estrictamente, conforme a su tenor literal, por las CC.AA. y respecto a las que éstas tenga sólo posibilidades de desarrollo legislativo. El texto [...], al contrario, está lleno de disposiciones permisivas, tendentes a establecer distintas y amplísimas facultades de desarrollo por parte de las CC.AA. dentro de circunstancias o condiciones reguladas en el Estatuto o a veces, incluso, sin ese marco normativo”<sup>30</sup>. Asimismo, MARTÍN REBOLLO vaticina que, para cuando se opere el desarrollo del Estatuto, “lo que sucederá, de hecho, es que las bases [...] del artículo 149.1 C.E. cada vez se parezcan más a las Directivas comunitarias e incluso, materialmente, a las leyes de bases de los artículos 82 y 83 C.E.”<sup>31</sup>, lo que afirma después de haber calificado al E.B.E.P. de “una especie de Ley marco o de encuadramiento”<sup>32</sup>; y también para JIMÉNEZ ASENSIO estas normas “abren una curiosa forma de relación entre la normativa básica y la de desarrollo que se aproxima al juego entre ‘directivas comunitarias’ y normas de transposición, pero con el defecto añadido de que no define el plazo en el que esas previsiones estatutarias deben ser desarrolladas por el legislador autonómico”<sup>33</sup>, lo que completará el conjunto normativo así armado.

En resumen y partiendo de ese carácter básico, PALOMAR OLMEDA ha sintetizado las características centrales del E.B.E.P. en las siguientes: establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público; contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio; proyecta un esquema no uniforme en la conformación de las respectivas burocracias

<sup>29</sup> MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2ª ed., vol. I, Iustel, Madrid, 2007, pág. 607, argumento que este autor completa en págs. 608-609. Sobre el potencial conflicto entre la legislación básica y los Estatutos de Autonomía, en especial en la normación del empleo público, vid. ORTEGA ÁLVAREZ, “Introducción”, en ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, págs. 24-26; EMBID IRUJO, “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137, enero-marzo 2008, págs. 24-26; y, en general, vid. ORTEGA ÁLVAREZ, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA y ARBÓS MARÍN, *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

<sup>30</sup> EMBID IRUJO, op. cit., pág. 9.

<sup>31</sup> MARTÍN REBOLLO, op. cit., pág. 147.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 143.

<sup>33</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, op. cit., pág. 80.

territoriales, dado el amplio margen de maniobra que adquieren las Administraciones a las que pertenecen; el E.B.E.P. es, pues, el vértice de un grupo normativo más amplio y complejo que corresponde definir al conjunto de Administraciones, formado por las leyes generales y sectoriales de función pública<sup>34</sup>.

Sentados estos presupuestos, en los siguientes apartados examinaremos la relevancia jurídica de los deberes de los empleados públicos, partiendo de su raíz en **una concepción de la ética pública** que facilite su comprensión e integración en una Ley de la naturaleza del E.B.E.P.; y comprobaremos cómo se articula la proclamación de los principios de la potestad disciplinaria que puede ejercerse sobre los mismos dentro de una estructura normativa como la que encabeza el propio E.B.E.P.

Como habremos de ver y será objeto de nuestro estudio, esos **principios** proyectan su eficacia sobre todo el régimen que le es propio, condicionando no ya su interpretación, sino la aplicación del Título VII de la Ley. Si bien, según lo dicho, la D.F. Primera del Estatuto no invoca, entre las competencias que amparan sus disposiciones, la del art. 149.1.1ª de la C.E.—están los títulos del art. 149.1.7ª, 13ª y 18ª, sin distinción de los preceptos que se cobijan bajo cada uno de ellos<sup>35</sup>—, no lo es menos que los deberes y obligaciones como parte del estatuto de los empleados públicos y, a la postre, los principios de su régimen disciplinario, podrían encontrar un encaje implícito en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los mismos en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, lo que desmentiría o, al menos, matizaría tal dualidad de regímenes en lo que afecte a esa parte nuclear o principal, que de esa forma devendría común.

Los deberes de ese personal persiguen, por lo demás, la garantía de la **correcta prestación de los servicios** por los entes públicos —no sólo por las Administraciones en sentido estricto<sup>36</sup>— en aras de parámetros y principios que, como el de eficacia (art.

<sup>34</sup> PALOMAR OLMEDA, “Título I...”, op. cit., págs. 21-23.

<sup>35</sup> Se basaría en ellos la baja densidad normativa del E.B.E.P.: no obstante, “el contenido del texto legal no ofrece un resultado acorde con la riqueza y potencial de los títulos competenciales invocados y puede afirmarse, sin exagerar, la vaciedad [*sic*] del E.B.E.P. como norma básica del Estado en materia de función pública”, quedando abocado a una aplicación flexible y multiforme, al servicio de la modernización de las Administraciones Públicas (MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, op. cit., págs. 12-13 y 30-31).

<sup>36</sup> En nuestro trabajo quedará justificado el carácter extenso del concepto de ente o poder público como titular de la potestad disciplinaria sobre las personas a su servicio, dentro del cual caben, sin duda, las Administraciones Públicas tal como se encuentran definidas por la C.E. y las leyes. Por ello, cuando resulte pertinente, a lo largo de este estudio nos referiremos no sólo a estas últimas, sino también y de

103.1<sup>37</sup> de la C.E.), explican todo su actuar; y ello, en definitiva, les hace compartir su **derivación constitucional**, por lejana o indirecta que ésta pudiera llegar a ser, con los principios del régimen disciplinario de los mismos empleados públicos. Y ello aunque estemos tratando, a la vez, con elementos del *ius puniendi* en sentido “fuerte”, traducibles al esquema clásico de los derechos fundamentales en cuanto traen causa de los arts. 24 y 25 de la C.E., y con otros que sólo podrían concebirse como tales principios en sentido “débil” o “suave”, como es el caso de aquellos deberes.

---

manera más amplia, a los “entes públicos”, a los “entes y poderes públicos” o a los “entes y Administraciones Públicas”, aunque cualquier forma de personificación jurídico-pública sea reconducible a éstas, sean de carácter territorial o instrumental. Para una tipología general de los entes públicos en España, con la distinción entre “entes políticos primarios” y “entes instrumentales”, víd. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 841-848.

<sup>37</sup> “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

## 2. **LOS DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS COMO “RAÍZ HIPOTÉTICA” DE SU RÉGIMEN DISCIPLINARIO.**

### **2.1. La ética en el Estatuto Básico del Empleado Público.**

La indeterminación de algunos de los preceptos del Título VII del E.B.E.P., referido al régimen disciplinario, trae causa de que la potestad de la Administración regulada por él viene a configurarse, al menos teóricamente, como el reverso de uno de los aspectos más idealmente regulados conforme a ese molde genérico con el que se ha querido redactar esta Ley: los deberes de los empleados públicos, englobados en el Capítulo VI de su Título III (arts. 52 a 54<sup>38</sup>, que analizaremos más adelante).

Más allá del contraste entre la extensión de estos preceptos y lo sucinto de los arts. 76 a 81 de la L.F.C.E., parece claro que con la consagración de dichos deberes el E.B.E.P. ha asumido –como en la tipificación de las faltas disciplinarias muy graves en su art. 95.2– no ya los valores de la C.E. de 1978, sino todo un cambio en el *ethos* del empleo público, en el seno de las Administraciones; además del carácter común de los deberes para todo el personal, funcionario o laboral, al que el Estatuto resulte aplicable. “Nada se opone [...]”, dice SÁNCHEZ MORÓN, “a aplicar a todos los empleados públicos un mismo código de conducta ética y profesional, ya que todos ellos, con independencia de la naturaleza jurídica de su relación de empleo, son servidores públicos, retribuidos con cargo a los fondos públicos, lo que conlleva atender a un conjunto de valores del servicio en parte diferentes a los del sector privado”, “sustrato común” que, junto con los derechos de los empleados públicos, dice este autor, “permita a todas y a cada una de las Administraciones [...] acometer las reformas específicas que requiera la modernización de su sistema de empleo público”<sup>39</sup>. No en vano, la E. de M. del E.B.E.P. indica lo siguiente:

<sup>38</sup> De estos preceptos dice lo siguiente la E. de M. del E.B.E.P.: “Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta”.

<sup>39</sup> SÁNCHEZ MORÓN, “Consideraciones...”, op. cit., págs. 12-13.

“Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Este, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una **específica ‘cultura’ de lo público** que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer”.

Ello se plasma en la exhaustiva positivización de los deberes, que descienden así de un plano algo etéreo a uno mucho más concreto.

Lo anterior resulta pertinente dentro de la necesidad de esas Administraciones de llevar a cabo su adaptación a los cambios del mundo actual, en especial en tiempos de crisis y cuestionamiento de la esfera pública en su concepción más amplia. “Para ello”, se ha dicho, “es enormemente importante reforzar los valores de ‘lo público’, y en esta dirección la apuesta por la ética en el sector público es capital”<sup>40</sup>; y se remacha destacando que “Se debe caminar decididamente hacia una asunción plena de los valores públicos por los empleados como elemento diferencial del empleo ‘público’ frente al empleo ‘privado’. Esto supone introducir la cultura de la responsabilidad, de la eficacia y de la eficiencia, la idea de servicio, así como la necesidad objetiva de mejorar el rendimiento institucional en beneficio de los ciudadanos”<sup>41</sup>.

Nada de lo anterior ha sido óbice para *importar* la regulación aquí examinada de los deberes de áreas, en principio, extrañas a los poderes públicos y a las Administraciones pero no a una cultura de las organizaciones que está en boga desde hace unas cuantas décadas: “hay que tener en cuenta que los códigos de conducta han sido una innovación relativamente reciente en nuestros recursos humanos, y que los mismos se han desarrollado esencialmente en el ámbito de empresas multinacionales con origen en Ordenamientos menos regulados por la norma estatal que el nuestro – como el estadounidense–”, si bien la necesidad de regularlos “se ve matizada en aquellos sistemas laborales en los que, como el español, existe un desarrollo muy acentuado de la negociación colectiva, dentro de la cual están incluyéndose progresivamente algunas de las materias que hemos señalado como típicas de los códigos de conducta”, lo que conduce a la posible modulación de los principios y

---

<sup>40</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, op. cit., pág. 61.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, pág. 94.

deberes que recoge el E.B.E.P., por su conexión con las materias que son objeto típico de esa negociación a tenor de su art. 37<sup>42</sup>.

## **2.2. Sus precedentes en los “principios” de otras leyes y normas: significado constitucional y marco comparado e internacional.**

Desde una visión más general, se ha enmarcado esta regulación del E.B.E.P. dentro de una serie que engloba un **conjunto de normas** sobre la ética pública, y que se habría iniciado con el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado<sup>43</sup> y la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado<sup>44</sup>. “Esta opción debe ser alabada por varias razones. La primera, porque establece un sistema deontológico –qué debe hacerse y cómo– y axiológico –qué es lo bueno y qué es lo malo– de referencia para la acción del Gobierno y de la Administración, un sistema que marca el ámbito de lo correcto más allá de la explicitación jurídica del régimen penal y disciplinario, que tan sólo nos indica lo que no se debe hacer” y que, además, establece un marco legal para el conjunto del sector público o para aquellas de sus organizaciones que lo precisen<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Admitiéndose a continuación que esos “códigos de conducta” de las multinacionales tienen un claro vínculo con la “responsabilidad social corporativa”, como destaca DEL REY GUANTER, op. cit., págs. 116-117. Sobre este concepto y la ética empresarial, vid. GARCÍA MEXÍA, *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso del poder*, Tirant lo Blanch-Syntagma, Valencia, 2008, págs. 53-55, 85-96 y 145-146.

<sup>43</sup> Aprobado por Orden APU/516/2005, de 3 de marzo. Sobre el mismo vid. GARCÍA MEXÍA, op. cit., págs. 58-60, 76 y 80; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de Administración Pública*, 151, enero-abril 2010, págs. 18-20; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, pról. de CANOSA USERA, Raúl, Reus, Madrid, 2012, págs. 56-65.

<sup>44</sup> Completando la normativa de alcance europeo que citaremos más adelante, GARCÍA MEXÍA define el conflicto de intereses como “aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie” (op. cit., págs. 28 y 159-160). Este autor se ocupa de diversos aspectos de la Ley 5/2006 (ibídem, págs. 63, 65, 68-69, 76-79, 160 y 174) y de la legislación relacionada con esta materia (págs. 73-76), como también CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., págs. 26-33; y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, op. cit., págs. 66-78.

<sup>45</sup> VILLORIA MENDIETA, “La ética en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 52 a 54)” en DEL REY GUANTER (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ TORRES (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, pág. 648. En el momento en que se escriben estas líneas, se encuentra en tramitación en las Cortes Generales el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo Título II, “Buen gobierno”, desarrolla y eleva a rango de ley los principios éticos y de actuación de los altos cargos de las distintas Administraciones

Ello vendría a completar la tarea iniciada con los arts. 3 y 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (L.O.F.A.G.E.), derivados de los arts. 9.2<sup>46</sup> y 10.1<sup>47</sup> de la C.E., si bien la recepción de los principios organizativos en aquellos preceptos legales se ha hecho susceptible de crítica –en cuanto meramente instrumentales y despojados de cualquier connotación finalista– desde una concepción que propugna una “ética posconvencional o basada en principios universalizables que están más allá de las normas”, como ética pública de principios, de fines y de mínimos, con respeto a la autonomía individual, la dignidad de la persona y la deliberación democrática, dentro del marco constitucional<sup>48</sup>.

Ya la Exposición de Motivos<sup>49</sup> de la L.O.F.A.G.E. –que no transcribiremos, remitiéndonos a su texto– se constituía en antecedente que preludiaba lo que ahora establece el E.B.E.P. Puede destacarse su vinculación a los derechos fundamentales y su conexión no sólo con los principios aquí tratados, sino con las ideas generales de legitimidad del poder en su ejercicio limitado por las normas jurídicas, así como con una noción genuina de la Administración como gestión que se confía a personas –no sólo las autoridades y altos cargos, sino también los empleados públicos– que deben velar por intereses comunes y responder de la labor que llevan a cabo en el desempeño de tan capital cometido, en correspondencia con la confianza que se deposita en ellos.

Con todo, en el concreto *dictum* de los arts. 3 y 4 de la L.O.F.A.G.E. puede comprobarse su contraste con los propósitos enunciados en la E. de M., dada la parquedad con que recogen la pretensión de servir a esos valores. Así, el art. 3 dispone que la Administración General del Estado se organiza y actúa con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con los otros principios que a continuación se mencionan: los de organización, que no hacen sino reiterar y ampliar los del art. 103.1 de la C.E., sin añadir un *plus* que los haga valiosos por sí mismos o les atribuya sustantividad propia –jerarquía, descentralización funcional, desconcentración funcional

---

Públicas, incluyendo un extenso régimen sancionador. La complejidad y prolijidad de esta regulación nos excusarán de comentarla aquí en detalle.

<sup>46</sup> “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

<sup>47</sup> “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”.

<sup>48</sup> VILLORIA MENDIETA, op. cit., págs. 649-650 y 658-661.

<sup>49</sup> En adelante y para las demás Leyes aquí citadas, E. de M.



y territorial, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales, simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos y coordinación–; y los de funcionamiento, que responden a esa indicada naturaleza instrumental: eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados, responsabilidad por la gestión pública, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión, servicio efectivo a los ciudadanos, objetividad y transparencia de la actuación administrativa, y cooperación y coordinación con las otras Administraciones Públicas.

No queremos aquí, con todo, menospreciar la importancia de estos principios en su proyección sobre la gestión pública de la Administración del Estado, sino simplemente constatar que se trata de un “punto de partida” o, como decíamos antes, de un adelanto de lo que luego supondrá el Código de Conducta del E.B.E.P. Ello refleja de manera embrionaria la necesidad –que no ha hecho sino agudizarse con el paso de los años– de atender al nuevo *ethos* público al que aquí nos referimos como postulado previo de estos listados de principios enunciados y deberes establecidos directamente en las normas, en el Derecho positivo aprobado por el legislador.

Por su parte, el art. 4 nos interesa más en cuanto que, participando de esa misma tónica, proclama los principios de servicio a los ciudadanos. Según su ap. 1, la actuación de la Administración General de Estado debe asegurar a los mismos la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración y la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los estándares de calidad. Los aps. 2 y 3 del mismo art. 4 no serían, en fin, sino plasmaciones de esos principios que podrían quedar subordinadas a los anteriores, si bien señalan obligaciones que la Administración del Estado ha de cumplir, a modo de correlato de los derechos que corresponden a los ciudadanos en sus relaciones con tal organización pública, regida por el Derecho administrativo y con vinculación positiva a la Ley y al Derecho<sup>50</sup> *ex* arts. 9, aps. 1 y 3<sup>51</sup>, y 103.1 de la C.E.

---

<sup>50</sup> Sobre el principio de legalidad, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. I, 15ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 455-465.

De manera más amplia, cabe registrar igualmente el hito que supuso en su momento el art. 3 de la **Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular tras la redacción dada por la **Ley 4/1999**, de 13 de enero. Este precepto, amén de generalizar a todas ellas los principios del art. 103.1 de la C.E. (ap. 1, p.1º), consagra los de buena fe y confianza legítima (ap. 1, p.2º), que deberán respetar en su actuación, al igual que los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos y los principios de cooperación y coordinación en las relaciones entre ellas (ap. 2); por fin, en su ap. 5 dispone que *“En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”*.

La E. de M. de la Ley 30/1992, cronológicamente anterior a la L.O.F.A.G.E., poco añade a ésta; en ella se alude a las normas generales de abstención y recusación de las Autoridades y personal de las Administraciones Públicas como corolario, igualmente, del mandato de objetividad en el servicio a los intereses generales *ex art. 103.1* de la C.E. Se trata un deber de ese personal establecido en el art. 28.1 de la Ley para los empleados públicos *“en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo”*, que *“se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente”*, por los motivos enumerados en el ap. 2, pudiendo darse la orden de cumplimiento de ese deber por los órganos superiores (ap. 4) e incurriendo en responsabilidad quienes no se abstuvieran en los casos en que así procediera (ap. 5). Tal deber está fuertemente vinculado, asimismo, al principio de imparcialidad de la función pública *ex art. 103.3* de la C.E., que analizaremos como fundamental en la génesis de los principios rectores de la responsabilidad disciplinaria, siendo ésta –sin perjuicio, en su caso, de la criminal– la aludida en el art. 28.5 de la Ley 30/1992. El deber de abstención se integrará en esta parte del estatuto del empleado público, incorporándose al Código de Conducta aquí estudiado, dados su origen *ex lege* y su significado.

En muy parecido sentido, la E. de M. de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 –a la que también nos remitimos–, insiste en la relevancia de los principios constitucionales, con particular incidencia en la idea de la Administración como

---

<sup>51</sup> De los principios proclamados en ese precepto, haríamos aquí referencia especial a los de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

organización servicial y en la primacía de los derechos de los ciudadanos, elementos cardinales en la construcción de la ética pública aquí propugnada.

Finalmente y como culminación de lo anterior, la *subjetivización* de estos principios ha abierto paso al reconocimiento del **derecho a la buena administración**, que debe encontrar encaje en el sistema constitucional, como emanación de algunos de los preceptos ya citados, como el art. 9.2 –promoción de la libertad y la igualdad reales y efectivas–, 53.3 –eficacia de los principios rectores de la política social y económica– y 103.1, pero, sobre todo, del art. 10.1 de la C.E. en cuanto consagra, como veremos, la doble vertiente de los derechos fundamentales, que hace de ellos “líneas directrices o directivas de la propia acción de los poderes públicos y, por tanto, elementos esenciales a contemplar en la acción de gobierno y en la acción administrativa”<sup>52</sup>.

Tras años de desarrollo jurisprudencial, con el precedente del Código de Buena Conducta Administrativa<sup>53</sup> y el añadido del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea<sup>54</sup>, este derecho ha sido objeto de recepción en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconocida con valor jurídico vinculante por el art. 6.1<sup>55</sup> del Tratado de la Unión, tras la redacción dada a éste por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. El tenor del art. 41 de la Carta, cuyo contenido sustantivo puede conectarse, a grandes rasgos, con los arts. 105 y 106 de la C.E., es el que sigue:

*“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos **imparcial y equitativamente** y dentro de un **plazo razonable**.*

*2. Este derecho incluye en particular:*

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, op. cit., pág. 14.

<sup>53</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *Código de Buena Conducta Administrativa para el personal de la Comisión Europea en sus relaciones con el público*, publicado en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas” L 267, de 20 de octubre de 2000, como Decisión de la Comisión, de 17 de octubre, por la que se modifica el art. 23 de su Reglamento interno. Puede descargarse en el enlace <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:267:0063:0066:ES:PDF> (consultado el 22 de marzo de 2013).

<sup>54</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, *La gobernanza europea. Un Libro Blanco*, Bruselas, 25 de julio de 2001. El Libro Blanco puede descargarse en el enlace [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001\\_0428es01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf) (consultado el 18 de marzo de 2013).

<sup>55</sup> Según su p.1º, “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Por otra parte, en la Declaración aneja al Tratado de Lisboa relativa a la Carta, se dice que ésta “confirma los derechos fundamentales garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”.

a) el derecho de toda persona a **ser oída** antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte **desfavorablemente**;

b) el derecho de toda persona a **acceder al expediente que le concierna**, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la administración de **motivar sus decisiones**.

3. Toda persona tiene derecho a la **reparación** por la Unión de los **daños** causados por sus instituciones o sus agentes en el **ejercicio de sus funciones**, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las **lenguas** de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

En ese contexto *constitucionalizado* y  *europeizado* de la Administración, “en este marco de centralidad de la posición jurídica del ciudadano adquiere especial sentido el denominado derecho fundamental a la buena administración”<sup>56</sup>, que aparece no ya como proyección de los principios de actuación del art. 103.1 de la C.E. –y, en especial, del servicio objetivo a los intereses generales<sup>57</sup>–, sino como concreción del Estado social y democrático de Derecho que consagra el art. 1.1<sup>58</sup>. En las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, lo anterior exige, en primer lugar, tener presente la dignidad de la persona<sup>59</sup>, además de dar un papel protagonista a la participación en los asuntos públicos –en especial, por medio de las tecnologías de la comunicación– y a la legitimación de la toma de decisiones; e implica prestar atención

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, op. cit., pág. 117. Vid. también págs. 125-129, en especial las dos dimensiones del derecho en las que se detiene este autor: “la apertura a la realidad y la cuestión de la caracterización de las políticas públicas” desde esa apertura; y págs. 130-131: “El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo”. Finalmente, vid. págs. 152-154 para la delimitación de lo que sea “mala administración” y la jurisprudencia europea posterior a la Carta de diciembre de 2000, incluyendo la relativa al Derecho disciplinario, concluyendo que “la proyección de este derecho ciudadano básico, de naturaleza fundamental, supone la existencia de un elenco de principios generales y de un repertorio de derechos ciudadanos que en el procedimiento administrativo adquieren una relevancia singular”, de los cuales serían corolario los 24 principios y concreción los 31 derechos enumerados en págs. 155-159.

<sup>57</sup> Así lo destaca LÓPEZ BENÍTEZ al tomar la teoría de Mario NIGRO sobre el carácter fiduciario de la organización administrativa “en la procura de los intereses generales de la comunidad”, que son los que la modulan “y la colocan en una relación de instrumentalidad con los fines del grupo al que sirven”. Vid. de este autor, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, 1ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1994, págs. 206-208.

<sup>58</sup> Sobre éste es esencial la obra de Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., 6ª reimpr., Taurus, Madrid, 1988.

<sup>59</sup> Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2003.

preferente a la ética pública<sup>60</sup>. Por todo ello, se ha relacionado aquel derecho y cuanto dimana de él con los objetivos de la Declaración del Milenio de la O.N.U.<sup>61</sup> y, en suma, con los derechos humanos y el desarrollo democrático de las sociedades<sup>62</sup>.

### **2.3. Excursus sobre la ética pública.**

Todo lo expuesto hasta aquí nos lleva a fijar nuestra atención en el sustrato ético que late en los deberes de los empleados públicos, conexo con el valor de los principios jurídicos en el Derecho público, así como con el “carácter irradiante” de los principios rectores del ejercicio de la potestad disciplinaria de los entes públicos sobre el personal a su servicio, por la comisión de faltas que comporten una vulneración de esos deberes.

En España, la noción de **ética pública** es introducida en la teoría de los derechos por PECES-BARBA, al analizar los cauces de apertura del subsistema jurídico que conforman los mismos y, en particular, el que se nutre de la moralidad. Ello encierra un indudable componente axiológico que, rebasando el puro Derecho positivo, tiene la virtud de incidir sobre su interpretación y aplicación, si se trata de lo que este autor llama “moralidad crítica”; o que termina por anclarse en él desde que el ordenamiento hace propios los valores que integran esa ética en forma de “moralidad positivizada”<sup>63</sup>.

Con todo, la diferencia esencial que traza PECES-BARBA y que aquí nos interesa es la que, nacida de la distinción entre sociedad y Estado sobre la que se funda la Modernidad, se establece así: “La apertura a la moralidad es una necesidad de los

<sup>60</sup> Sin perjuicio de lo que trataremos a continuación, la relación entre buen gobierno y ética pública ha sido destacada por RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (op. cit., págs. 78-83) citando el informe del Comité de Gestión Pública de la O.C.D.E. *El gobierno del futuro*, trad. de RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel, rev. de CANALES ALIENDE, José Manuel, Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003. El informe puede descargarse en el enlace <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/free/4200084e.pdf> (consultado el 16 de marzo de 2013).

<sup>61</sup> Así en el documento del Comité de Expertos en Administración Pública, *La función esencial de la administración pública y la buena gestión de los asuntos públicos en la aplicación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas: desarrollo de los recursos humanos. Informe de la Secretaría*, primer período de sesiones, Nueva York, 22 a 26 de julio de 2002. Vid. en especial su apartado V, párrafos núms. 23 a 25, “Ética e integridad” (pág. 8). El párrafo núm. 25 relaciona el desarrollo del sistema de carrera profesional de los empleados públicos basado en el mérito y la imparcialidad con la existencia, entre otros elementos, de “procedimientos disciplinarios”. El informe puede descargarse en el enlace <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan004484.pdf> (consultado el 17 de marzo de 2013).

<sup>62</sup> Lo ha estudiado, poniendo énfasis en estos aspectos y aunque no compartamos todos sus postulados, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, op. cit., págs. 91-107.

<sup>63</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ y VV.AA., *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 381-386 y 391-404.

derechos fundamentales, que arrancan y se fundamentan en una moralidad pública [...] y que tienen como objetivo central crear condiciones sociales a través del Derecho, para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad a través del libre ejercicio por cada uno de su **ética privada**. Los valores de libertad, igualdad, solidaridad, y en menor medida, seguridad, son la raíz y el punto de partida de los derechos fundamentales, y al tiempo conceptos de la **ética pública**”<sup>64</sup>. Éstos presentan una indiscutible faz constitucional, ya que pueden identificarse con los valores superiores del ordenamiento jurídico que proclama el art. 1.1<sup>65</sup> de la C.E.; no en vano, “La recepción de la moralidad por el legislador tiene límites menos constreñidos en el caso del Constituyente, que sólo está limitado por el hecho fundante básico que lo sostiene, y que [...] configura los valores de la moralidad democrática”<sup>66</sup>; indicando posteriormente que los valores superiores “como valores del sistema son expresión directa de la relación entre Derecho y poder”, que entroncan con “las decisiones políticas que están en el ámbito” de ese mismo “hecho fundante básico”. “No son”, continúa, “valores internos al Ordenamiento, sino el cauce de comunicación con el poder, y como externos, en parte pueden ser interpretados [...], pero no pueden ser mutados, es decir, sustituidos en su entero significado”<sup>67</sup>.

De esto podemos extraer una primera conclusión: la ética pública, compuesta por esos valores, será capaz de informar y aun de generar deberes como los que se imponen a los empleados públicos, basados en los imperativos de libertad, igualdad, justicia o solidaridad y seguridad que se proyectan sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos a los que aquéllos sirven, pero también sobre los principios de organización de la Administración Pública, como los que enuncian los arts. 9 y 103 de la C.E. Y desde la óptica del empleado o funcionario, la ética pública inspirará los principios rectores de su régimen disciplinario, que obedecen a esos mismos imperativos: es poco dudoso que los derechos fundamentales de los arts. 24 y 25 de la C.E. responden a los valores de libertad personal, igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, justicia y seguridad jurídica. Todo lo anterior desdoblaría la “derivación

---

<sup>64</sup> Ibídem, pág. 391. Para mayor detalle sobre la ética privada, vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, págs. 54-56.

<sup>65</sup> “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>66</sup> *Curso...*, op. cit., pág. 396.

<sup>67</sup> Ibídem, pág. 402.

constitucional” que predicábamos en común de aquellos deberes y de los derechos en los que estos principios se despliegan.

En otras obras, PECES-BARBA se extiende en su concepción: “Ética pública y ética privada se distinguen pero se comunican [...]. La ética pública es una ética procedimental que no señala criterios, ni establece conductas obligatorias, para alcanzar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad, ni fija cuál debe ser nuestro plan de vida último [...]. Supone la ética pública un esfuerzo de racionalización de la vida política y jurídica para alcanzar la humanización de todos”<sup>68</sup> en esa proyección sobre los derechos fundamentales; y “conforma el orden justo y estable, libre, igual y solidario y los criterios de organización de la vida social y de los poderes, el conjunto de valores, principios y derechos”<sup>69</sup>.

Al cabo, todo ello aboca a un esquema trilateral que sólo podemos dejar esbozado: “El análisis que proponemos no expresa cualquier posible relación teórica entre ética, política y Derecho, sino el proyecto de la ilustración y de la modernidad, que desemboca en el Estado social y Democrático de Derecho”<sup>70</sup>, al que los valores se incorporan “como moralidad política y con su impulso se convierten en valores jurídicos. Este punto de vista está incorporado a nuestra Constitución, se maneja en el pensamiento moral, y también en el Derecho con la idea de valores constitucionales”<sup>71</sup>. Esos valores superiores “representan los ideales que una comunidad decide erigir como los máximos objetivos por el ordenamiento jurídico y representan los rasgos identificadores del sistema”<sup>72</sup>.

Sin salir de esa construcción tripartita, nuestro autor desarrolla, a su vez, una subdistinción entre **moralidad del poder** –o ética pública política– y **moralidad del Derecho** –o ética pública jurídica, que es la de “la democracia y su Derecho [...] en una cultura que podemos llamar de positivismo corregido”, desde el que se realizan “los objetivos morales del poder, a través del Derecho”<sup>73</sup>–. “En relación con los principios y con la organización del poder la ética pública incorpora a la Constitución y convierte su

<sup>68</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, 1ª ed., Fontamara, México D.F., 2000, pág. 13.

<sup>69</sup> *Diez lecciones...*, op. cit., pág. 56.

<sup>70</sup> *Ética, Poder y Derecho...*, op. cit., pág. 55.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 62.

<sup>72</sup> *Diez lecciones...*, op. cit., págs. 151-152, profundizando en cada uno de los valores en págs. 152-181.

<sup>73</sup> *Ibidem*, págs. 137-138; así como págs. 111-112 y 140-149, para la relación entre valores, principios y derechos.

dimensión política en dimensión jurídica en los siguientes escenarios”<sup>74</sup>, de los cuales detalla diversas dimensiones: de limitación, de organización, de promoción y de funcionamiento del poder<sup>75</sup>. “Es necesario señalar”, añade en otra parte, “que el poder político democrático incorpora la moralidad de los valores, como valores políticos, y que, como valores jurídicos, inspiran toda la organización del Derecho, que convierte a los derechos humanos y a los principios de organización en reglas que limitan y configuran a ese poder al servicio de la persona”<sup>76</sup>.

Ello puede ponerse en relación con lo aquí defendido tanto con respecto a los deberes de los empleados públicos como con los principios que, bajo la veste de los derechos fundamentales, presiden su régimen disciplinario: el propio PECES-BARBA afirma que esos contenidos materiales pueden fijar a los ciudadanos “obligaciones positivas generales, con la misma finalidad, que prolongue o complete la de la ética pública respecto al comportamiento y a las obligaciones de los poderes y de los funcionarios”<sup>77</sup>, que son “destinatarios y a la vez impulsores de la ética pública”<sup>78</sup>.

Entrando en ese ámbito y desde sus propios presupuestos, GARCÍA MEXÍA afirma que “el del ejercicio ético del poder viene erigiéndose en problema de creciente importancia en el estudio del más amplio tema de la gobernanza”<sup>79</sup>, lo que centra en el abuso del poder político en todas sus facetas –y, más en concreto, en la corrupción y la lucha contra ella–, aunque puede trasponerse a nuestro estudio *mutatis mutandis*. Los **códigos éticos**, con o sin valor jurídico<sup>80</sup>, aparecen entre los instrumentos preventivos

<sup>74</sup> *Ibidem*, pág. 87.

<sup>75</sup> *Ibidem*, págs. 87-90.

<sup>76</sup> *Ética, Poder y Derecho...*, op. cit., pág. 71.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pág. 74.

<sup>78</sup> *Diez lecciones...*, op. cit., pág. 57. MARINA JALVO habla de una “ética profesional o deontología propia de los funcionarios”, la cual “no puede entenderse sino por relación a los principios de imparcialidad, eficacia, respeto al ordenamiento y realización efectiva de los derechos fundamentales” (*El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 58). A esta autora, sin renunciar a ellas, le parecen insuficientes las teorías que han recurrido al “significado ético del Derecho disciplinario” en razón de la finalidad perseguida por las sanciones y de la preservación del prestigio y la dignidad de los funcionarios, a la vez que destaca que el “carácter penal o disciplinario de un ilícito” depende, al cabo, del legislador, “con independencia de que el Derecho positivo incorpore o no un sistema de valores preexistente a él” (*ibidem*, pág. 91).

<sup>79</sup> Op. cit., pág. 21.

<sup>80</sup> Este autor los desposee de dicho valor –mientras carezcan de sanción jurídica– en la definición que aporta de ellos: “un conjunto más o menos ordenado de reglas tendentes a asegurar comportamientos correctos, bien que carentes de la [...] inexorabilidad de la norma jurídica. Puede incluso añadirse que, más que de reglas, un código ético se compone de postulados o principios, de pautas de actuación morales, por eso, más amplias y genéricas que las normas jurídicas”, sobre la base de su fuerza persuasiva e incentivadora de la actuación ética (*ibidem*, págs. 56 y 145). En el epígrafe siguiente contrastaremos si la regulación del E.B.E.P. se atiene o no a un concepto como éste, o a otro muy similar aunque finalista,



“de buen gobierno” y/o “de buena administración” destinados a ese propósito de combate y evitación de conductas merecedoras de reproche y/o generadoras de conflictos de intereses, “favorecidas por una convivencia prácticamente indiferenciada entre el sector público y el sector privado, entre el Estado y la sociedad”<sup>81</sup>. En el ámbito aquí examinado ello hace, si cabe, más necesaria la enunciación de una específica ética pública, dotada de autonomía pero que, para no terminar condenada a la inutilidad en un *flatus vocis* jurídico, precisa de su recepción por el Derecho positivo en normas que, al menos, tengan rango de ley, con las que dar realidad a la sujeción de la Administración y de los empleados públicos a los parámetros que de ella se desprenden.

A ese mismo propósito obedeció el conocido como “Informe Nolan” sobre “Normas de conducta para la vida pública”<sup>82</sup>, elaborado por una Comisión de notables y expertos del Reino Unido y presentado ante el Parlamento británico en mayo de 1995<sup>83</sup>. Entre las recomendaciones generales que figuran en el Informe, cabe destacar los célebres “**siete principios**”<sup>84</sup>, que, según el mismo, se deben aplicar en todos los ámbitos de la vida pública e incorporarse a los códigos de conducta que redacten los organismos públicos. “El comité”, se dice, “los ha expuesto aquí para el provecho de todos los que sirven al interés público de alguna manera”, y cada uno de ellos es

---

que propone este autor: “aquellos elencos de principios, valores, criterios de actuación y pautas de comportamiento que una determinada organización elabora para ajustar unos y otras a los fines que la justifican” (ibidem, pág. 141). Otro tema relevante, que el mismo autor deja apuntado (ibidem, págs. 142-144) es el de la autonomía o heteronomía de estos códigos, que relaciona con su eficacia normativa y su valor moral; si bien parece claro que la primera sólo podrá lograrse con su consagración mediante ley.

<sup>81</sup> Ibidem, pág. 27.

<sup>82</sup> VV.AA., *Primer informe del Comité sobre las Normas de conducta en la Vida Pública. Presidente Lord Nolan. Tomo 1: Informe*, publicado en español por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1996. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, el Informe estaba llamado “a marcar un hito en el sistema político y administrativo británico [...], así como a tener un valor referencial de primer orden para todas las democracias europeas”; “opera, pues, una verdadera revolución en la práctica hasta ahora virtualmente general en todas las Administraciones europeas” (*Democracia, Jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009, págs. 99 y 113).

<sup>83</sup> MARINA JALVO recuerda que el Informe Nolan sirvió de base al Código de Conducta de la función pública británica, y menciona otros ejemplos de códigos en el Derecho comparado (op. cit., pág. 59).

<sup>84</sup> En las Jornadas sobre Ética Pública organizadas por el Instituto Nacional de Administración Pública en 1997, tales principios “obtuvieron, en plena sintonía con el texto constitucional, el apoyo unánime de los asistentes”, recordándose que “coincidieron los oradores en apuntar que el objetivo estaba en el cumplimiento de los valores que, de acuerdo con el texto constitucional, deben informar la actuación de los funcionarios públicos: *la objetividad, la imparcialidad, los principios de mérito, capacidad y publicidad*”, dado que “constituyen la raíz de los principios éticos de la función pública. Así lo manifiesta la *Declaración del I.N.A.P.*, que fue aprobada al final de las Jornadas, cuando señala que la determinación de los contenidos de los principios y valores que deben orientar el comportamiento ético en la función pública debe partir ‘del análisis conjunto y sistemático de los mandatos contenidos en la Constitución española’”, con su posterior incorporación a los textos legales, como veremos, “más allá de la obligada consignación de los ‘deberes de los funcionarios’” (ÁLVAREZ CONDE, “Presentación”, en VV.AA., *Jornadas sobre Ética Pública. Madrid, 15 y 16 abril 1997*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, págs. 13-15).

sucintamente descrito: desinterés, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo<sup>85</sup>. Más adelante, se mencionan las medidas del Gobierno para mantener los principios y valores de los empleados dependientes de él y del *Civil Service* en su conjunto: “En el Libro Blanco, el Gobierno reafirma y aprueba los valores esenciales de la Administración Pública: ‘integridad, objetividad, selección y ascenso por mérito y responsabilidad a través de los Ministros ante el Parlamento’”<sup>86</sup>, poniéndose especial énfasis en su imparcialidad como organización servicial y en su separación del Gobierno y de los partidos políticos.

Aunque centrado en la esfera política, el Informe está lleno de aseveraciones que, a pesar del tiempo transcurrido y de las peculiaridades de la Administración británica y, en general, de la cultura política anglosajona, pueden trasladarse a la ética pública aquí estudiada en cuanto que son extensivas al sector público ampliamente considerado y, en especial, a los directivos públicos y funcionarios: “La erosión de la confianza pública en los que desempeñan cargos públicos es un tema grave”, se dice, y se comienza por plantear la dicotomía sobre la que surge la perplejidad en torno a los códigos de conducta: “Recomendamos procedimientos e instituciones que disuadan y detecten las fechorías. Pretendemos restablecer el respeto por los valores éticos propios a la idea de servicio al público. Los procedimientos formales desempeñan un papel, pero al fin y al cabo son las conciencias individuales las que importan”<sup>87</sup>.

En lo que concierne a esos **códigos éticos o de conducta**, “deberían redactarse dentro de cada organización involucrada, para que sean los más apropiados a sus circunstancias y formarán parte de la cultura de la organización. Sin embargo, todos deberían basarse en los principios expuestos anteriormente. Además de los principios y los códigos encontramos dos elementos adicionales a lo largo de todo este informe”, a

---

<sup>85</sup> VV.AA., *Primer informe...*, op. cit., págs. 11 y 24. El propio Lord NOLAN admite su universalización *more kantiano*: “Estoy convencido de que hay unos valores universales del servicio público, aplicables a diversos países y culturas, valores que todos comprendemos y aceptamos de forma instintiva. Estos principios son un intento de plasmar tales valores en palabras simples” (“Lección inaugural”, en VV.AA., *Jornadas sobre Ética Pública. Madrid, 15 y 16 abril 1997*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, pág. 30).

<sup>86</sup> Son los llamados *core values* de la función pública británica (VV.AA., *Primer informe...*, op. cit., pág. 72; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, op. cit., pág. 106).

<sup>87</sup> VV.AA., *Primer informe...*, op. cit., págs. 26-27. “El papel de la ética profesional no es tanto el servir de freno al comportamiento abiertamente ilegal, sino el de procurar que el funcionario cuente en su trabajo diario con las herramientas necesarias para decidir en un caso concreto por el comportamiento que resulta más conforme a lo que de él espera una sociedad democrática” (IRURZUN MONTERO, “Ética y responsabilidad en la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, 286-287, *Desafíos de la Administración General del Estado en la España del siglo XXI*, enero-agosto 2010, pág. 92).

saber, el escrutinio independiente y la orientación y formación<sup>88</sup>. Sobre este particular señala GARCÍA DE ENTERRÍA que “El sistema de ‘Códigos de conducta’ expresa una concepción de autorregulación y proviene de la propia experiencia anglosajona, que ve grandes ventajas en la disciplina impuesta y vigilada por los propios interesados más que en la abstracta, y sólo excepcionalmente fiscalizable por los Tribunales, impuesta por la legislación”<sup>89</sup>, lo que contrasta con la tradición continental de plasmación de esos principios en el Derecho positivo, que veremos reflejada en el E.B.E.P.

En otro de los párrafos del Informe Nolan se dice que “La redacción de un código claro y conciso para los funcionarios que exponga el marco constitucional dentro del que trabajan está totalmente acorde con los principios que hemos recomendado en este informe y lo aplaudimos. Esperamos que éste sea un elemento positivo para mantener la moral dentro de la Administración Pública. Es mucho más fácil mantener buenos niveles de conducta entre el personal de organizaciones bien motivadas y con confianza en sí mismas”, a lo que sucede una serie de recomendaciones sobre cuestiones de conciencia, la imparcialidad política, los conflictos de intereses, la transparencia o la existencia de controles externos sobre la Administración –aparte de los de carácter jerárquico–<sup>90</sup>. Todo ello, con la finalidad de prevenir y corregir las malas prácticas, culmina con el examen del Código para la Gestión de la Administración Pública<sup>91</sup>.

Citando los precedentes de los EE.UU., GARCÍA MEXÍA menciona el Código-modelo de conducta para los agentes públicos, aprobado por el Comité de Ministros del

<sup>88</sup> VV.AA., *Primer informe...*, op. cit., pág. 28. “El código”, dice Lord NOLAN, “debe constituir la expresión escrita de un *ethos* que forme parte de la cultura corporativa de la organización [...]. La clave para mantener las normas éticas en cualquier organización está en crear dichas normas mediante el gobierno diario de la misma, y en las actitudes diarias de sus componentes” (“Lección inaugural”, op. cit., pág. 32). A continuación establece una importante distinción entre formación inicial y formación continua, ésta como refuerzo necesario de la vigencia de estos códigos (ibídem, págs. 32-33). La amplia difusión del Informe mediante un resumen, haciendo buenos esos predicados, es destacada por GARCÍA DE ENTERRÍA (*Democracia...*, op. cit., pág. 99). Sobre la formación ética en la función pública española, propugnando la “creación de una cultura de servicio al ciudadano” y de “un sentido de pertenencia a la Administración Pública como organización” globalmente entendida, vid. IRURZUN MONTERO, op. cit., págs. 92-95. Este autor subraya el valor del *Civil Service Code* en el Reino Unido, al formar parte de la relación contractual del funcionario con la Administración (ibídem, págs. 99-100).

<sup>89</sup> *Democracia...*, op. cit., pág. 103.

<sup>90</sup> VV.AA., *Primer informe...*, op. cit., pág. 73-74.

<sup>91</sup> Bajo el mismo “se otorga a los departamentos y agencias poderes delegados para introducir regulaciones acerca de la conducta, siempre que reflejen los principios y las reglas expuestas en el C.G.A.P. Los principios del C.G.A.P. abarcan, entre otras cosas, la necesidad de que el público vea que los funcionarios son honestos e imparciales en el desempeño de sus obligaciones. Específicamente, los funcionarios no deben abusar de la información oficial; no deben obrar de una manera que comprometa su imparcialidad política; y no deben usar sus puestos oficiales para promocionar sus propios intereses”. Los incumplimientos de esas regulaciones “pueden dar como consecuencia una acción disciplinaria” (ibídem, pág. 75).

Consejo de Europa el 11 de mayo de 2000, y la legislación española, a la cual añade el E.B.E.P.<sup>92</sup>; así como lo que denomina “modelos estratégicos [...] tanto procedentes de organizaciones internacionales, como de países determinados”<sup>93</sup>; y señala las causas que, también según el Consejo de Europa, constituyen los “mayores riesgos de corrupción de los principios y de los procesos democráticos”, a saber, “la financiación de los partidos, los conflictos de intereses, el *lobbying* y la influencia política sobre la justicia”, entre otros muchos factores, generales o circunscritos al contexto español<sup>94</sup>.

Nos interesa más destacar que este autor liga los valores constitucionales ya aludidos al “**entorno ético**”, que constituiría el presupuesto de eficacia de todas estas normas, cifrado en la neta separación entre intereses generales (art. 103.1 de la C.E.) y particulares<sup>95</sup>, y que se acercaría a lo que Lord NOLAN llama “una cultura corporativa positiva”<sup>96</sup>. “Más aún”, afirma GARCÍA MEXÍA, “esta interpretación ‘éticamente sensible’ de los preceptos jurídicos existentes, muy singularmente de los constitucionales, soslayará la creación de muchas nuevas normas, evitando así enmarañar más de lo imprescindible el ordenamiento jurídico”<sup>97</sup>. Ello ha desembocado en la aparición de la Ética del gobierno y la administración como disciplina académica dentro de la Ciencia Política y de la Administración, y que el autor no duda en entroncar con la educación cívica o Educación para la Ciudadanía<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> Op. cit., págs. 28-29, 57-58, 76, 80 y 160.

<sup>93</sup> Ibídem, págs. 43-44 y 70-72. En el documento de la O.N.U., antes citado, se recomienda “Prestar asistencia a los Estados Miembros para elaborar infraestructuras éticas en el sector público, incluidos códigos deontológicos y de conducta para los empleados; fortalecer la capacidad de las instituciones que aplican las políticas relativas a los conflictos de intereses e investigan las contravenciones de las normas éticas y los aspectos administrativos de las acusaciones de corrupción; elaborar materiales de capacitación para los funcionarios sobre el comportamiento ético; difundir los materiales existentes en otros idiomas oficiales de las Naciones Unidas para facilitar su acceso; y realizar investigaciones de políticas sobre cómo fomentar la ética y luchar contra la corrupción en el sector público” (Comité de Expertos en Administración Pública, *La función esencial...*, apartado IX, parágrafo núm. 32, “Recomendaciones”, letra e) (pág. 10)).

<sup>94</sup> GARCÍA MEXÍA, op. cit., págs. 30-35, extrayendo el entrecomillado de las conclusiones de la “Octopus Interface Conference on Corruption and Democracy”, del Consejo de Europa, celebrada en Estrasburgo el 20 y 21 de noviembre de 2006. El enlace al documento, “Summary and conclusions”, es [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy%20activity%20Interface2006/143%20IF%202006-d-sumconclusions1k%20\\_final\\_.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy%20activity%20Interface2006/143%20IF%202006-d-sumconclusions1k%20_final_.pdf) (consultado el 19 de enero de 2013).

<sup>95</sup> Ibídem, págs. 46-49, en las que, además de todo lo anterior, enumera “los ocho valores esenciales del servicio público más frecuentemente citados por los países de la O.C.D.E.”: imparcialidad, legalidad, integridad, transparencia, eficiencia, igualdad, responsabilidad y justicia. Vid. también págs. 153-154 y 168-169. Asimismo, también los principios del art. 9.3 de la C.E. –y, en particular, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos– habrían de traerse aquí a colación.

<sup>96</sup> “Lección inaugural”, op. cit., pág. 31.

<sup>97</sup> Op. cit., pág. 48.

<sup>98</sup> Ibídem, págs. 51-52. Vid. las importantes distinciones entre ética de las organizaciones, de carácter “organizativo e institucional” y ética de los empleados públicos, de un lado, y entre ética de carácter

#### **2.4. Código ético y Código de Conducta en el Estatuto Básico del Empleado Público.**

Desde los presupuestos anteriores, en este epígrafe nos proponemos comprobar en qué medida obedece a la ética pública, así definida, el catálogo de **deberes de los empleados públicos** recogido en el E.B.E.P., dada la conexión que este texto legal establece entre su régimen disciplinario y ese elenco. Lo primero que debe aclararse es que la Ley 7/2007 continúa una tendencia legislativa preocupada por “las cualidades y el comportamiento de los funcionarios públicos”, después de décadas centradas en otros aspectos, de manera que con su aprobación procedería preguntarse: “¿queda algún espacio para la ética en el ordenamiento administrativo?”<sup>99</sup>.

La inclusión de aquel catálogo es, con variaciones, una de las propuestas que la norma recoge del Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público: según sus palabras, “Es obvio que los empleados públicos deben respetar un conjunto de deberes y tienen obligaciones que han de cumplir escrupulosamente para el buen funcionamiento de los servicios. Ello no obstante, a diferencia de los derechos, nuestra legislación histórica no ha establecido, hasta ahora, un listado sistemático ni completo de deberes y obligaciones. Unos y otras se han tenido que inducir, en consecuencia, por vía doctrinal o jurisprudencial, de normas dispersas y, fundamentalmente, de los preceptos que tipifican las infracciones disciplinarias. Esta ausencia testimonia cuál ha sido la preocupación esencial de dicha legislación, mucho más inclinada a la tutela de la posición jurídica individual del funcionario público que a la garantía de las obligaciones del servicio”<sup>100</sup>.

Dentro del E.B.E.P. puede resultar aceptable, *a priori* y sin menoscabo de las carencias que revela, la distinción explícita en su propio articulado, entre deberes de los

---

negativo o limitativo y de carácter positivo, preceptivo y preventivo, de otro, en CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., pág. 13.

<sup>99</sup> IRURZUN MONTERO, op. cit., pág. 80. “Surge, entonces, la pregunta de si hay algo más que hacer”, se pregunta este autor antes de recordar cómo el esquema legal finalmente consagrado se aparta del propuesto por la Comisión de estudio y preparación del E.B.E.P. (ibidem, págs. 98-99), más flexible y, a la vez, más claro.

<sup>100</sup> VV.AA., *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, pág. 200. El informe puede descargarse desde el enlace [http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion\\_publica/estatutobasico/estatuto\\_funcion\\_publica/procreso/parrafo/0/Informe-de-la-comision-de-expe.pdf](http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/estatutobasico/estatuto_funcion_publica/procreso/parrafo/0/Informe-de-la-comision-de-expe.pdf) (consultado el 3 de mayo de 2013).

empleados públicos y Código de Conducta (art. 52), el cual, a su vez, está formado por unos principios éticos (art. 53) y de conducta (art. 54), tal como lo reproducimos aquí:

**“Artículo 52. Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta.**

*Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.*

*Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.*

**Artículo 53. Principios éticos.**

- 1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.*
- 2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.*
- 3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.*
- 4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*
- 5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.*
- 6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.*
- 7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.*
- 8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.*

9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.

10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

**Artículo 54. Principios de conducta.**

1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.

2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.

3. Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.

4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación.

6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.

7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación.

9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.

10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la

*recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.*

*11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio”.*

Construido este listado como susceptible de una clasificación tentativa en categorías<sup>101</sup>, el art. 52, p.2º le confiere un valor hermenéutico privilegiado, como consecuencia del cual estos principios y reglas deberán ser tenidos en cuenta por el intérprete y aplicador de la norma, tanto en el curso del procedimiento disciplinario como, sin ninguna duda, en la revisión jurisdiccional de su resolución, pese a su carácter muchas veces genérico<sup>102</sup> y a la abundancia, en su formulación, de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas abiertas<sup>103</sup>. Tras ello, el E.B.E.P. va a sentar “una ordenación desarrollada del régimen disciplinario de tales empleados que, junto a una vertiente claramente garantista, posee también una no menos explícita función de hacer exigibles tales deberes y ese mismo Código de Conducta”<sup>104</sup>.

Como hemos podido comprobar con la lectura del art. 52, p.1º, sobresale asimismo el estrecho nexo existente entre esos deberes y obligaciones y algunos de los fundamentos de actuación<sup>105</sup> que el Estatuto “*refleja*”, por utilizar el verbo de su art. 1.3, y en los que cabe detectar una coincidencia sustancial –algo más que un “aire de familia”– con los principios jurídicos plasmados en la C.E. y, en desarrollo de ésta, en la Ley 30/1992 y en la L.O.F.A.G.E.: en particular, con algunos de ellos como el servicio

<sup>101</sup> Sobre esta base, se ha llegado a diferenciar entre deberes básicos y principios del Código de Conducta, cuyo cumplimiento se incorpora a aquéllos y en el que puede subdistinguirse entre principios inspiradores e integradores de aquél, comprendiendo estos últimos los éticos y los de conducta; si bien se ha admitido la fragilidad de estas líneas de separación: víd. GIL IBÁÑEZ, “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta (arts. 52 a 54)”, en ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, págs. 373-375 y 381.

<sup>102</sup> No han faltado las objeciones a este p.2º del art. 52: “Si, al final, su incumplimiento es sólo relevante en la medida en que aparezca tipificado como tal en las normas de régimen disciplinario ¿no estaremos dando la señal contraria a la querida, insistiendo en la idea de que al funcionario le basta con un cumplimiento mínimo dentro de la Ley?” (IRURZUN MONTERO, op. cit., pág. 100). Sin embargo, tal pregunta obvia el valor interpretativo –no de tipicidad sancionadora– que a esos principios y reglas atribuye el precepto comentado, lo que supone un grado de relevancia distinto del que supone la hipótesis así planteada. También lo pasa por alto CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (op. cit., pág. 21), quien no obstante reconoce que el Código de Conducta del E.B.E.P. puede jugar un importante papel en la limitación de la discrecionalidad en la determinación de la responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos –o en la concreción de conceptos jurídicos indeterminados en los tipos infractores, añadiríamos–.

<sup>103</sup> CASTILLO BLANCO y QUESADA LUMBRERAS, “Título III. Capítulo VI. Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta”, en PALOMAR OLMEDA y SEMPÉRRE NAVARRO (dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 558.

<sup>104</sup> DEL REY GUANTER, op. cit., pág. 103.

<sup>105</sup> Así lo destaca PALOMAR OLMEDA, “Título I...”, op. cit., pág. 29.



a los ciudadanos y a los intereses generales, el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, la igualdad de trato, la objetividad, el desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos, la transparencia, la jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas, etc.

Según puede deducirse fácilmente, todos ellos, así enunciados, son proyección de **principios constitucionales de las Administraciones Públicas** “cuyo incumplimiento, desconocimiento o minusvaloración ocasiona perjuicios evidentes a la sociedad en su conjunto [...]. Así, como se desprende del art. 52 E.B.E.P., la relación entre la Administración Pública y las personas que prestan sus servicios en ésta viene determinada por la existencia de un vínculo jurídico cuyo objetivo no es otro sino la satisfacción de los intereses generales. Y precisamente, la consecución de este objetivo es el que debe configurar y modular el comportamiento de los empleados públicos”<sup>106</sup>. Éste sería, pues, otro de los puntos de engarce entre el capítulo de los deberes y el régimen disciplinario, según imponen los principios de la ética pública.

De manera más general, se ha subrayado que “los denominados ‘principios’ del art. 52 son, en realidad, valores. Algunos de ellos están vinculados a los valores democrático-finalistas que permean la Constitución española, otros son claramente instrumentales, para favorecer el cumplimiento de fines propios de la Administración como institución sistémica”: así, los principios éticos del art. 53 se sitúan en tres polos de integridad como promoción de la ética pública, como objetividad y como eficacia; y los principios de conducta del art. 54 pueden calificarse como “reglas de gestión pública”, claras y coherentes, de naturaleza instrumental y subordinadas a los anteriores<sup>107</sup>, en el mismo sentido que los proclamados por las antes citadas Leyes administrativas. No es ésta la única lectura de esa dicotomía: “en muchas ocasiones, la ética o las cualidades éticas del funcionario aparecen como objetivo o finalidad perseguida por la norma jurídica [...]. Ello llevará en ciertos casos a extraer las máximas consecuencias de esa apuesta, elevando a mandato jurídico, con efectos plenos y sanciones máximas, un contenido mínimo ético. Por el contrario, en otros casos, la

---

<sup>106</sup> CASTILLO BLANCO y QUESADA LUMBRERAS, op. cit., pág. 557; SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 275; GIL IBÁÑEZ, op. cit., págs. 367-368.

<sup>107</sup> VILLORIA MENDIETA, op. cit., págs. 666-669.

norma jurídica no es sino un mero sustento instrumental o de respaldo al desenvolvimiento de la ética profesional que no pierde por ello su propia naturaleza”<sup>108</sup>.

Cualquiera que sea la perspectiva que se asuma, lo anterior significa subrayar, en nuestro análisis, la configuración de la Administración *ex* arts. 9.3 y 103.1 de la C.E., como organización pública que sirve con objetividad a los **intereses generales**<sup>109</sup>, un concepto que ha sido puesto en un lugar de “centralidad”<sup>110</sup> partiendo de que la vinculación de la Administración al mismo “debe, naturalmente, tener como base a los derechos fundamentales”<sup>111</sup>. Y, sobre todo, que este anclaje en la **primacía de los derechos** sobre el resto del contenido constitucional, así como el principio de imparcialidad, capital en el estatuto de la función pública *ex* art. 103.3, están en el origen de la concepción de la potestad disciplinaria<sup>112</sup> ejercida partiendo de los principios que consagra el art. 94.2 del E.B.E.P., como desarrollo de cuanto deriva de los arts. 24<sup>113</sup> y 25.1 de la C.E. Este segundo precepto es fundamental en la configuración constitucional del Derecho sancionador y de la correlativa potestad del Estado y de los poderes públicos, incluyendo a las Administraciones en primer lugar:

<sup>108</sup> IRURZUN MONTERO, op. cit., pág. 81.

<sup>109</sup> La objetividad de la Administración sería el trasunto de la imparcialidad de los empleados públicos a su servicio, en una relación vicarial en la que GARCÍA DE ENTERRÍA resalta que el principio *ex* art. 103.1 de la C.E. es “exigencia de la igualdad y de la justicia”, que son valores superiores del ordenamiento jurídico español (art. 1.1). Vid. *Democracia...*, op. cit., pág. 135. En cuanto al “interés general”, el mismo autor lo califica de “concepto legal [...] de alcance indeterminado [...], pues no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un momento dado”. Citando las ocasiones en que la C.E. lo menciona y deteniéndose en el art. 103.1, destaca que “está utilizado con una inequívoca finalidad delimitadora [...] Lo que la Ley (aquí, la Constitución) pretende es aludir a un ámbito limitado de actuación, perfectamente singularizado, aunque su precisión concreta en cada caso reste imprecisa [...]. Interés general o interés público son guías claras que utiliza el constituyente para organizar instituciones o actuaciones públicas”, lo que obliga a separar esos intereses de los que no merecen la calificación de generales, excluyendo de ello, en la decisión de la Administración, cualquier atisbo de discrecionalidad (ibidem, págs. 231-235).

<sup>110</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., págs. 11-12: “éste constituye el criterio o la medida de toda actuación administrativa que, desde presupuestos jurídicos, la hace aceptable asimismo desde un punto de vista ético y posibilita, por supuesto, su control judicial [...]. Todo lo cual significa que, en definitiva, dichos intereses generales cumplen una función legitimadora de los poderes públicos y, al mismo tiempo, constituyen una importante limitación a su actividad”, a la vez que “conforman [...] una ‘ética de los fines constitucionalizada’, positivizada” [...], a la que se conectan valores instrumentales, de indudable carga ética, tales como la eficacia, la eficiencia, la objetividad o la neutralidad”.

<sup>111</sup> Ibidem, pág. 12.

<sup>112</sup> “Las referencias disciplinarias que contiene al respecto el reciente Estatuto Básico del Empleado Público (E.B.E.P.), aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, son, en este sentido, muy significativas” (ibidem, pág. 13).

<sup>113</sup> Según el ap. 1 del precepto, “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. El ap. 2 desdobra este derecho fundamental en diversos derechos y garantías procesales, de aplicación común al procedimiento administrativo en su veste sancionadora y disciplinaria, y de las que aquí destacaremos el derecho de defensa, el principio de audiencia –que tiene una manifestación singular en el art. 105.c) de la C.E.– y la presunción de inocencia.

*“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”*, lo que comporta la consagración del principio general del Derecho *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege [penale]*, por lo que su eficacia llega más allá del alcance del *ius puniendi* en sentido estricto<sup>114</sup>.

Con ello sólo podemos concluir que los deberes de los empleados públicos y estos principios, lejos de conformar un conjunto normativo que albergue contradicciones insuperables en su seno, se hallan entrelazados a través del nexo común que comporta su reconocimiento en la norma constitucional de la que unos y otros se desprenden. Así, el servicio objetivo a los intereses generales y, sobre todo, el **“sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”** que ha de imperar en el funcionamiento de las Administraciones Públicas, y que es una derivación del principio de sujeción de los poderes públicos a la C.E. y al resto del ordenamiento (art. 9, aps. 1 y 3), sería el nudo esencial al que ligar ambos aspectos del estatuto jurídico de sus empleados.

En síntesis, la intensificación de la tutela de los intereses públicos ha de acompañarse necesariamente con mayores garantías en el reproche y sanción de las conductas que pudieran lesionar esos intereses<sup>115</sup>. Expresado de otra manera: si la “raíz hipotética” del régimen disciplinario se encuentra en el catálogo de deberes, como se infiere de una lectura *prima facie* del E.B.E.P., la “raíz real” de los principios en los que se basa el ejercicio de la potestad disciplinaria se encuentra en los principios y valores del Estado de Derecho que, a través de su recepción positiva en la C.E., comparte con la configuración de las Administraciones y de los poderes públicos en general.

Avanzando un paso más, si sobre el clausulado de deberes, como aspecto cardinal del estatuto de los empleados públicos, afirma la E. de M. del E.B.E.P. que “... Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero

<sup>114</sup> A ello opone su concepción NIETO GARCÍA, para quien “El artículo 25 no ha pretendido regular el principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, sino que se limita, a todo lo más, a reconocerlo y asumirlo, proclamando su existencia, por remisión, en los términos en que aparezca en cada momento histórico en el Ordenamiento Jurídico” (*Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pág. 180). Este autor postula que el principio tenga, en este ámbito, rango constitucional, y lo rebaja al puramente legal (ibídem, pág. 209): su posición descarta una traslación automática de los principios del Derecho penal al sancionador y, por ende, disciplinario, la cual explica por un triple orden de razones: cronológica, constitucional y dogmática. Sobre el segundo tipo de motivos señala que “Los principios inspiradores del Derecho penal son progresistas en cuanto que suponen una garantía de los derechos de los individuos. De aquí que sea más conforme con el espíritu democrático de la Constitución —y con el Estado de Derecho— la igualación ‘por arriba’ de ambos ordenamientos” (ibídem, pág. 134).

<sup>115</sup> Coincidimos en ello con DEL REY GUANTER, op. cit., pág. 122.

también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias”, en esta afirmación cabe apreciar las **dos vertientes** que pueden atribuirse a los mismos<sup>116</sup>: una de *soft law*, de naturaleza principal con una textura jurídica reducida o, al menos, un tanto velada; y otra que nos pone en presencia de verdaderas normas, jurídicamente vinculantes, de cuyo incumplimiento pudiera llegar a deducirse la comisión de un tipo infractor al que, previa la incoación y tramitación de un expediente, seguiría, en su caso, la imposición de una sanción.

Si bien el texto legal no nos proporciona elementos para diferenciar conceptualmente entre esas dos vertientes y ello tampoco se infiere de sus enunciados, tales preceptos vendrían, respectivamente y sin que el deslinde resulte siempre tajante, a poner de manifiesto esa doble faz, en paralelo a la distinción antes esbozada. Por un lado, una “guía de buenas prácticas” en el art. 53, cuyo propósito consistiría en la preservación de la **“confianza pública”** y ciudadana, con una nítida dimensión ética o deontológica<sup>117</sup>; y por otro, unos **deberes jurídicos “clásicos”**, de inexcusable cumplimiento, en el art. 54<sup>118</sup>. Aunque sólo pudiéramos considerar estos últimos como coercibles en tanto que reglas jurídicas de actuación, convendría no perder de vista la finalidad del primero de estos dos preceptos, con independencia de que su recepción en el E.B.E.P. haya sido totalmente correcta: en la línea sugerida en el epígrafe anterior, late en este código la idea inglesa de *trust*, que desde LOCKE<sup>119</sup> viene fecundando la

---

<sup>116</sup> Nos pondría ello ante unas normas en las que concurriría la doble dimensión de principios y reglas, que en nuestra doctrina se han preocupado de distinguir ANSUÁTEGUI ROIG, “Principios y reglas”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, FERNÁNDEZ GARCÍA y DE ASÍS ROIG, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 166-172; y PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 47-68.

<sup>117</sup> Un principio que, sin perjuicio de esta dimensión, hemos visto ya recogido en la legislación española y en el “Informe Nolan”, y cuya importancia destaca GARCÍA MEXÍA, op. cit., págs. 45, 49-50 y 151-152; también GARCÍA DE ENTERRÍA cuando, refiriéndose a ese Informe, destaca “el valor central de la confianza pública de los gobernados en los gobernantes, vista como una de las claves del sistema democrático mismo”, con base en “la austeridad, la objetividad y la honestidad en la actuación de los agentes públicos” y en la existencia de una Administración imparcial, dirigida desde la esfera política pero separada de ella y exenta de cualquier influjo que trate de desvirtuar esos valores (*Democracia...*, op. cit., págs. 101-102 y 114). Vid. igualmente IRURZUN MONTERO, op. cit., pág. 82; y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., pág. 29.

<sup>118</sup> Vid. CASTILLO BLANCO y QUESADA LUMBRERAS, op. cit., 562-565 y 579; IRURZUN MONTERO critica que se trate de un Código de Conducta sólo en sentido formal, comprensivo de un catálogo de deberes propio de un sistema administrativo estatutario, por lo que postula una reformulación del mismo que pasaría por distinguir entre un Código ético con deberes jurídicos *stricto sensu* y un Código o “manual de buenas prácticas”, más detallado y que tenga un carácter orientativo y complementario del anterior (op. cit., págs. 100-102).

<sup>119</sup> Vid. el “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, de sus *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, 2ª ed., ed. de ABELLÁN, Joaquín, y trad. de GIMÉNEZ GRACIA, Francisco, Espasa Calpe-Austral, Madrid, 1997., págs. 313-321 (Capítulo XIII, “De la subordinación de los poderes de la república”).

cultura política anglosajona y que encontraría aquí una traducción a la cultura administrativa y a su Derecho, dados los principios que rigen la Administración Pública como organización fiduciaria de los ciudadanos en un sistema democrático; sin que se nos puedan ocultar las capitales consecuencias jurídicas que traen causa de todo ello<sup>120</sup>.

Sin perjuicio de lo ya señalado, se trate de meros principios de buen gobierno dirigidos a los gestores públicos o a los estratos jerárquicamente superiores o directivos del personal administrativo, simples recomendaciones para mejor proveer, admoniciones morales o auténticas obligaciones legales en el sentido “fuerte” de la expresión, la correspondencia entre el conjunto de deberes de los empleados públicos y su régimen disciplinario dista de mostrársenos como exactamente bidireccional. Si bien toda infracción deberá poder reconducirse a un incumplimiento de alguno de los apartados del Código de Conducta, en atención al bien jurídico que protege su calificación como falta, en el sistema del E.B.E.P. no todo quebrantamiento de tales deberes podrá *leerse* y convertirse automáticamente en una conducta perseguible en vía disciplinaria, dado que ese sistema se basa en una tipificación explícita –no implícita ni por remisión– de las infracciones, y expresa de las muy graves (art. 95.2.a) a o))<sup>121</sup>.

Ello puede verificarse en el propio art. 95 del E.B.E.P., que *abre* la tipificación de las faltas a sus Leyes de desarrollo, cualquiera que sea su graduación como tales: muy graves (ap. 2.p)) y, especialmente, graves (ap. 3) y leves (ap. 4), lo que no obsta a que esas Leyes se inspiren en aquel catálogo de deberes y principios éticos y de conducta para completar el listado de acciones y omisiones que el E.B.E.P. recoge como faltas disciplinarias; será así<sup>122</sup> si atendemos a esa raíz común que ya hemos destacado.

Guarda todo ello íntima relación con el que, al cabo, será nuestro primordial objeto de estudio: aceptando que la relación entre las Administraciones y entes públicos y quienes se encuentran a su servicio ha de aproximarse todo lo posible a la ***sujeción general***, y dando por extinto cualquier otro diseño de la misma que pudiera situar al

<sup>120</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, op. cit., págs. 115-120. Para la exigencia de razonabilidad de las decisiones administrativas como una de las bases del “consenso democrático”, vid. págs. 164-170.

<sup>121</sup> “Lo que plantean estos preceptos es su concreta operatividad [...]. Porque el incumplimiento de los deberes debe tener traducción sancionadora [...]. Pues bien, la tipificación de las faltas muy graves [en el art. 95] no sigue las pautas de los preceptos donde se identifican deberes y principios, sino que adopta el criterio tradicional de enumerar las conductas singulares que el legislador ha considerado merecedoras de la máxima reprochabilidad”, según consideración del dilema así tratado por MARTÍN REBOLLO, op. cit., págs. 138-139.

<sup>122</sup> Como sostiene JIMÉNEZ ASENSIO, op. cit., pág. 75.

empleado público en una posición de mayor subordinación, con un *status* jurídico más devaluado, de ello se infiere que el ejercicio de la potestad disciplinaria por los entes públicos respecto de su personal<sup>123</sup> no puede en absoluto obviar la proyección de los **principios generales del Derecho sancionador** sobre ella. Y ello aunque la pretensión de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico hubiese sido la de flexibilizar la aplicación de tales principios, aproximándolo a la agilidad propia del Derecho laboral y alejándolo de supuestas *rigideces* administrativas<sup>124</sup> que la Ley, no obstante, se plantea igualmente combatir<sup>125</sup>.

No se olvide que, con respecto a las relaciones de *sujeción especial*, entre las cuales se llegó a situar la funcionarial, se ha subrayado que “La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico [...]; y, en segundo término, la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológicos más que estrictamente jurídicos [...] y, con frecuencia, de deontología convencional o corporativa de ciertas profesiones específicas. Por ello, la tradición del Derecho Público ha pretendido dispensar al ejercicio de este tipo de potestad de los requisitos generales de la legalidad y la tipicidad, sustituyendo estas reglas por una suerte de potestad doméstica, legitimada en la simple posición de un previo sometimiento general [...] de los destinatarios de las

<sup>123</sup> El concepto técnico de *potestad* ha de ser estudiado a la luz de la magnífica exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...I*, op. cit., págs. 465-477.

<sup>124</sup> “Debemos cuestionarnos si el régimen disciplinario vigente, al menos el que se establece con carácter general, cumple efectivamente su finalidad. Quizá sea así, en términos generales [...], pero resulta muy dudoso por lo que se refiere a su aplicación práctica. Algunos de los defectos más notorios que nos llevan a esta conclusión son [...], sobre todo, la aplicación de unos principios y de unos procedimientos excesivamente garantistas, que dificultan el ejercicio efectivo de la potestad disciplinaria. Buena parte de estos problemas [...] derivan de la aplicación mecánica al régimen disciplinario de principios y reglas propias del derecho administrativo sancionador general, inspiradas a su vez en el derecho penal. Estas reglas están pensadas para la tutela de fines públicos o bienes jurídicos de interés general y no tanto para asegurar el buen funcionamiento interno de una organización y de los servicios que presta. Esta última es, precisamente, la finalidad específica del régimen de sanciones regulado en el derecho del trabajo, mucho más ágil y efectivo [...]. Eso no quiere decir que propugnemos la traslación, sin más, del régimen laboral al empleo público, ya que la Administración está sujeta a límites en parte distintos a los de un empresario privado. Tampoco significa inaplicar sin más principios y garantías generales del régimen sancionador, reconocidos en todos los órdenes del derecho. Pero la necesidad de hacer efectivo el régimen disciplinario también para los funcionarios públicos aconseja flexibilizar la legislación hasta ahora vigente y aproximarla, también en este punto, al derecho laboral” (VV.AA., *Estatuto Básico...*, op. cit., págs. 214-215).

<sup>125</sup> En el mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN propugna la matización de los principios de legalidad y *non bis in idem* por la finalidad del procedimiento disciplinario, cifrada en alcanzar esa mayor eficacia y funcionalidad en las Administraciones Públicas (“Régimen disciplinario”, en SÁNCHEZ MORÓN (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 541-542).

medidas disciplinarias. Sin embargo, la evolución general en todos los Derechos ha conducido o está conduciendo a una integración general de estos poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales”<sup>126</sup>, como ratifica la jurisprudencia del T.E.D.H. y, en la medida en que veremos, la del T.C.

Podemos leer una referencia a ese “ambiente pasado”, superado progresivamente desde la entrada en vigor de la C.E., en TRAYTER JIMÉNEZ: “Así, por ejemplo, se contemplaban tipificaciones de tipo deontológico, que no técnico, como la falta de decoro, negligencia, diligencia, probidad moral, probidad material, circunstancia que provocaba la indefinición de lo que el ordenamiento quería o no sancionar y por tanto la *práctica volatilización del principio de tipicidad*, pues cuando una conducta no estaba recogida como un ilícito disciplinario, encontraba acomodo en esos conceptos”<sup>127</sup>, y ello con el respaldo jurisprudencial de la doctrina establecida entonces por el T.S.<sup>128</sup>.

Ello nos pone sobre aviso, una vez más, de la necesidad de completar la codificación de los deberes de los empleados públicos con el rigor jurídico que atiende a los principios del Derecho sancionador y, sobre todo, a la preeminencia de los de legalidad y tipicidad, aunque nada de eso nos impida abundar en que aquellos deberes, considerados en sí mismos, hayan de informar e inspirar la interpretación y aplicación del régimen disciplinario, como preceptúa el art. 52, p.2º del E.B.E.P. En síntesis, todo lo anterior significa tanto como recalcar, en esta parte del estatuto del personal al servicio de las Administraciones y entes públicos, la vigencia de los principios constitucionales a cuyo estudio nos dedicaremos a continuación.

<sup>126</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II*, 12ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 176.

<sup>127</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, “El régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 93 a 98)”, en DEL REY GUANTER (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ y SÁNCHEZ TORRES (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, pág. 902. Vid. también LÓPEZ BENÍTEZ, op. cit., págs. 388-397 y 593.

<sup>128</sup> “El hecho cierto es que en esa época se sancionaba en la esfera interna de la Administración mediante norma reglamentaria (a veces órdenes o circulares), a veces de plano y, por tanto, sin garantías para el administrado sujeto a una especial sujeción”, en nuestro caso el funcionario (GARCÍA MACHO, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 168-169). La S.T.C. 174/1987, de 6 de julio, F.J. 4º llegó a justificar la legitimidad del deber de observancia de buena conducta y de las consecuencias gravosas anudadas a su incumplimiento; MARINA JALVO menciona esta Sentencia junto con alguna otra (la S.T.C. 50/1983, de 14 de junio) como muestra de la recepción de la “falta de probidad”, que esta autora vincula a la función que desarrollaban los Tribunales de Honor, sobre los que hoy pesa la prohibición del art. 26 de la C.E. (op. cit., págs. 60-64 y 159).

### 3. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y DE LA RESPONSABILIDAD COMO PRIUS DE LOS DEMÁS PRINCIPIOS.

#### 3.1. Relevancia del principio de imparcialidad para el estatuto jurídico y el régimen disciplinario de los empleados públicos.

El primero de los principios en los que ha de basarse originariamente la potestad disciplinaria es, según hemos adelantado ya, un atributo esencial del empleo público y, más en particular, de la función pública, en el que nos detendremos: el de la **imparcialidad** propia de su estatuto jurídico, que va vinculada a la profesionalización de la Administración y su independencia del *spoil system* o botín de partido. “En España”, como destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, “ese proceso se inicia, es bien sabido, con la aparición de ‘cuerpos especiales’ singularmente capacitados, en tanto que los ‘cuerpos generales’ no ganan esa misma estabilidad hasta 1918. Esta tendencia es análoga, aunque en general más temprana y también más resuelta en todos los Estados europeos, y marca el afianzamiento de una Administración tecnificada y valiosa, volcada al servicio del público y no de los intereses del Partido”<sup>129</sup>.

En lo que nos interesa ahora, el art. 103.3 de la C.E. de 1978 contiene un mandato al legislador para la regulación de dicho estatuto y de sus cuatro aspectos relevantes desde esta perspectiva constitucional. Ello se concreta no sólo en “las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación” y “el sistema de incompatibilidades”, sino también en “*el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*”, vinculado al derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes *ex art.* 23.2 de la C.E.; y, muy especialmente, en “*las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”<sup>130</sup>. Sobre la base de estos preceptos y del art. 149.1.18ª de la C.E. “resulta una reserva de la ley y competencia estatal para regular las condiciones

<sup>129</sup> *Democracia...*, op. cit., pág. 128.

<sup>130</sup> Es un principio que personifica en los servidores públicos la objetividad con la que el art. 103.1 de la C.E. obliga a actuar a las Administraciones Públicas (CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., pág. 17).



básicas de acceso a la función pública”, de acuerdo con la jurisprudencia del T.C.: así las Ss.T.C. 85/1983, de 25 de octubre; 99/1987, de 11 de junio, ó 151/1992, de 19 de octubre<sup>131</sup>. Así se plasma en la segunda de las Sentencias citadas, dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la L.M.R.F.P.:

“El art. 19.1 [de la Ley 30/1984] no implica desarrollo del art. 23.2 de la C.E., sino que se limita, en aplicación del art. 103.3 C.E., a reiterar y repetir los **presupuestos** –entre ellos la **igualdad**– para el **acceso a la Función Pública**, estableciendo al tiempo requisitos comunes para los procedimientos de selección del personal. La referencia que en él se hace al principio de igualdad se queda en eso, sin que la finalidad de la norma sea su desarrollo. No hay justificación, pues para que pueda argumentarse que debiera estar integrado en Ley Orgánica y que, al no haberlo hecho así el legislador, deba ser declarado inconstitucional, como no la hay tampoco respecto del núm. 2 del mismo art. 19, relativo a los órganos de selección del personal, materia más claramente todavía no amparada por el art. 23.2 de la Constitución, sino propia de otro tipo de normas, que pueden establecer las garantías como la aquí cuestionada, suficientes para asegurar el principio de igualdad por derivación genérica del **mandato constitucional**”.

En lo que concierne a la **igualdad**, el art. 23.2 de la C.E., en la dimensión aquí tratada y en conexión con el art. 103.3 de la C.E., cuenta con una copiosa jurisprudencia constitucional para la delimitación de su contenido. En relación con el **mérito**, se ha destacado que “la importancia y obligatoriedad del principio no deriva sólo del carácter básico del precepto, sino de su inserción en el propio texto de la Carta Magna, siguiendo una tradición que se remonta a la Constitución de 1837” y que se ha mantenido sin solución de continuidad hasta la C.E. de 1978<sup>132</sup>, siendo referibles estas mismas consideraciones y su desarrollo en el E.B.E.P., junto con la doctrina jurisprudencial del T.C., al principio de **capacidad**, entendiendo por tal la “específica necesaria para poder realizar las funciones o tareas a desarrollar en los puestos o plazas que sean objeto de los procesos selectivos convocados”<sup>133</sup>.

Al igual que sucedía en la legislación anterior, una primera proyección de la “**imagen maestra**” del empleado público que se impone desde la Norma Fundamental es la propia definición que da el art. 8.1 del E.B.E.P., y en la que SÁNCHEZ MORÓN echa en falta la nota de la profesionalidad<sup>134</sup>: “*Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los*

<sup>131</sup> Como resaltan MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, op. cit., pág. 47.

<sup>132</sup> Ibídem, pág. 63, con cita de PARADA VÁZQUEZ, *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 136.

<sup>133</sup> Ibídem, págs. 64-65.

<sup>134</sup> SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, op. cit., pág. 61.

*intereses generales*”. Presupuesto este concepto genérico y a la luz de la jurisprudencia dictada sobre el particular, se confirma que los elementos aquí tratados están estrechamente conectados entre sí: la igualdad, el mérito y la capacidad son fundamentos de actuación del propio E.B.E.P. a tenor de su art. 1.3.b) y, a la vez, principios de rango constitucional en el acceso al empleo público y en la promoción profesional, con proyección en los derechos subjetivos inherentes al inicio y en la evolución de la carrera del empleado (arts. 14.c) y 55.1 del E.B.E.P.), así como en la provisión de los puestos de trabajo por las Administraciones Públicas (art. 78.1).

Como quiera que, de conformidad con los arts. 103.3 y 149.1.18ª de la C.E., la parte predominante del personal reclutado por los entes y Administraciones Públicas sigue estando constituida por los funcionarios de carrera<sup>135</sup>, la tendencial permanencia de éstos en tal condición es el primer predicado destacable del sistema español de empleo público: sobre todo, por su distinción del personal eventual del art. 12, así como de todo el que responda a un nombramiento de origen político o de confianza, pero también del laboral *ex* arts. 1.2 y 7<sup>136</sup>. No se olvide que el art. 23.2 de la C.E., del mismo modo que garantiza el *ius in officium* de los cargos públicos representativos, reconoce un derecho de permanencia en la función pública, esto es, “el derecho a no ser removido del cargo o función pública, a los que se accedió previamente, fuera de los supuestos y del procedimiento legalmente establecidos. Por ser un derecho de configuración legal, corresponde al legislador ordinario determinar los requisitos y procedimiento para la adquisición y pérdida de la condición de funcionario”<sup>137</sup>.

De esta forma, el art. 14.a) del E.B.E.P. reconoce el derecho individual de los empleados públicos, “en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de

---

<sup>135</sup> El art. 9 del E.B.E.P. contiene su definición en su ap. 1, que delimita así una de las clases de empleados públicos *ex* art. 8.2.a): “Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”; para añadir, en su ap. 2, la reserva de funciones inspirada en la jurisprudencia comunitaria: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

<sup>136</sup> Respecto de la diferencia entre personal funcionario y laboral, PALOMAR OLMEDA ha hablado de una “disociación de títulos competenciales que se proyecta, claramente, sobre la propia eficacia de las normas en ambos tipos de relaciones jurídicas” (“Título I...”, *op. cit.*, pág. 28), dada la diferencia en las potestades del Estado y las CC.AA. para establecer el régimen de uno y otro (art. 149.1.7ª y 18ª de la C.E.): éstas pueden desarrollar la legislación del Estado sobre el primer tipo de personal, pero sólo ejecutar la relativa al segundo.

<sup>137</sup> MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, *op. cit.*, pág. 215.

servicio”, a la **inamovilidad** en la condición de funcionario de carrera<sup>138</sup>. Ésta, según la E. de M. del propio E.B.E.P., “no debe contemplarse como un privilegio corporativo sino como la garantía más importante de su imparcialidad”<sup>139</sup>: lo confirma el art. 1.3.e) al reflejar, como otro de los fundamentos de actuación del Estatuto, la “*objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera*”, la cual se refiere, en principio, a la relación de servicio y no a los puestos de trabajo que ocupe a lo largo de esa carrera.

Pues bien, a la hora de preguntarnos cuál es el vínculo existente entre ese principio de imparcialidad, de origen constitucional y con tan nutrido desarrollo legal, y la potestad disciplinaria, cabe colegir que, dada la configuración de los principios que la presiden, su régimen supone, contrariamente a lo que podría pensarse en una primera aproximación, una vía capital para asegurar la inamovilidad de los funcionarios<sup>140</sup> y, siendo ésta instrumental de la imparcialidad, también de esta última: “la objetividad e imparcialidad debe avalar el ejercicio de las funciones de todo el personal de la Administración porque ello es una exigencia constitucional del servicio objetivo a los intereses generales que proclama el artículo 103.1 de la Constitución y que ahora recoge como novedad para todos los empleados el artículo 52 del Estatuto”<sup>141</sup>.

Y ello por una razón de fondo que hemos de reputar insoslayable: en una sociedad y en un mundo global como los actuales, y aun en circunstancias de crisis

---

<sup>138</sup> Acerca del art. 9.2 del E.B.E.P., en su interpretación conjunta con el art. 57 –relativo al acceso de los nacionales de otros Estados, en particular de la U.E., al empleo público– y, en especial, en relación con el principio de imparcialidad de los funcionarios, puede leerse a SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, op. cit., págs. 65-66. Víd. también las críticas que formulan ORTEGA ÁLVAREZ, op. cit., págs. 35-39, y LINDE PANIAGUA, “Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público”, en LINDE PANIAGUA (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Majadahonda, 2008, págs. 15-16.

<sup>139</sup> Sobre la relación entre los principios de mérito y capacidad y esa inamovilidad que deriva de la progresiva profesionalización de la función pública, víd. ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 171-173.

<sup>140</sup> La relación es recíproca: “Por difícil que resulte precisar el origen del Derecho disciplinario, no puede hacerse coincidir sin más con el momento de la consagración de la inamovilidad de los funcionarios. Si bien, no sería descabellado sostener lo contrario, pues, existiendo la posibilidad de separar libremente a quienes prestan sus servicios en la Administración, ninguna necesidad habría de configurar un orden regulador de las causas y procedimientos preceptivos para la exigencia de responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, es indudable que la materialización de la garantía de inamovilidad determina un importante desarrollo del ordenamiento disciplinario, adquiriendo gran parte de las notas que hoy lo caracterizan” (MARINA JALVO, op. cit., págs. 30-31).

<sup>141</sup> CANTERO MARTÍNEZ, “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, pág. 51. Sobre la conexión entre los principios de acceso a la función pública y los de objetividad, eficacia y jerarquía en la actuación de las Administraciones Públicas, víd. MARINA JALVO, op. cit., págs. 44-54.

económica y financiera prácticamente nunca vistas, el papel del Estado y de las Administraciones, de los poderes públicos en suma, no ha podido decaer, por lo que siguen siendo válidas estas palabras: “A pesar de los importantes cambios que se vienen produciendo en las últimas décadas y que han llevado a revisar y, en algunos sectores, a reducir el papel y el volumen de la Administración Pública en muchos países desarrollados, nadie niega la trascendencia de las funciones que les corresponden”, enumeradas a continuación y que nos abstendremos de reiterar, para proseguir: “..., a pesar del proceso sostenido de *externalización* de actividades y funciones públicas de gestión a que asistimos, la importancia del Estado –entendido como el conjunto de los poderes públicos– para la sociedad no ha disminuido en nuestro país, al igual que en los de nuestro entorno europeo. [...]. En nuestro tiempo han cambiado las prioridades de los gobiernos, al igual que las preocupaciones de la sociedad, y también se han modificado las formas de intervención administrativa. Pero la Administración mantiene intacta su posición institucional como servidora de una pluralidad de intereses generales”<sup>142</sup>, con objetividad y siguiendo los principios de los arts. 9 y 103 de la C.E.

No olvidemos que, si el derecho a la inamovilidad se concibe como vicarial de la imparcialidad de los empleados públicos, y en particular de los funcionarios de carrera, algunos deberes del Código de Conducta del E.B.E.P. van dirigidos, en contrapartida, a la realización efectiva de ese mismo principio. Aun a sabiendas de las complicaciones que entraña señalar cuáles de ellos servirían a esa finalidad, sí pueden apuntarse, en especial, los principios éticos del art. 53 en sus aps. 2, 5, 6, 9 y 11, antes transcritos.

De otra parte y muy en relación con estos principios y deberes, tampoco puede obviarse que el personal al servicio de las Administraciones Públicas está obligado a cumplir el **régimen de incompatibilidades** que le es propio y que, regulado con carácter básico por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, está dirigido igualmente al cumplimiento del principio constitucional de imparcialidad, al lado del cual figura en el art. 103.3. Ello sin perjuicio de que ese régimen precise de una puesta al día en concordancia con el sistema que ha inaugurado el E.B.E.P.<sup>143</sup>, sin por ello dejar de hacer caso a MESEGUER YEBRA cuando la califica como una materia “dotada de gran fuerza expansiva [...], resulta ser un problema en extremo candente y vidrioso en

<sup>142</sup> SÁNCHEZ MORÓN, “Consideraciones...”, op. cit., pág. 6.

<sup>143</sup> Nos remitimos aquí al estudio que del art. 53.5 y 6 del E.B.E.P., así como del deber de abstención y del régimen de incompatibilidades de los empleados públicos, efectúa IRURZUN MONTERO, op. cit., págs. 103-110.

el que, a los criterios propiamente jurídicos, se superponen valoraciones de carácter ético e incluso político”<sup>144</sup>. En ello ahonda este autor cuando le parece “evidente el componente ético en la materia que nos ocupa y que ofrece distintas manifestaciones, que arrancan de lo que se ha llamado honestidad profesional o relación de lealtad del funcionario, en cuanto debe salvaguardar los supremos intereses de los poderes públicos, de ahí la conveniencia de asegurar la independencia y el prestigio de ciertos cargos públicos, de conseguir la dedicación de sus titulares y la moralidad e imparcialidad de éstos; de evitar el conflicto de intereses y la competencia y concurrencia desleal”, lo que diferencia este régimen de los deberes de abstención y recusación<sup>145</sup>.

De todas formas, el mismo MESEGUER YEBRA cita la S.T.C. 178/1989, de 2 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 53/1984, y más en concreto su F.J. 3º, para recordar los dos ámbitos que distingue el art. 103.3 de la C.E. Ello no es óbice para conectar el “fundamento ético” de este régimen con el principio de eficacia administrativa (art. 103.1) en su faceta de dedicación al cargo y con los valores del art. 1.1 de la C.E. y los principios que las Administraciones están llamadas a cumplir<sup>146</sup> en un Estado social y democrático de Derecho:

“Pero la garantía de la imparcialidad no es la única finalidad constitucionalmente posible en el caso de las incompatibilidades de los empleados públicos. Porque es cierto que a ‘las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones’ se refiere el art. 103.3 de la Constitución como objeto de regulación mediante Ley, pero no es menos cierto que el propio precepto distingue esa regulación de la del propio ‘sistema de incompatibilidades’. O dicho con otras palabras: Con base en una interpretación literal y sistemática del art. 103.3 de la Constitución puede llegarse fácilmente a la conclusión de que **sistema de incompatibilidades y garantías de imparcialidad no son dos ámbitos o círculos absolutamente coincidentes**. De modo que si bien la garantía de la imparcialidad puede ser una de las finalidades del sistema o régimen legal de incompatibilidades de los empleados públicos, constitucionalmente no tiene por qué ser [...] la ‘única’ finalidad de dicho régimen legal”.

Y el principio de eficacia, en relación con el sistema de incompatibilidades, ha hecho de nuevo su aparición en la S.T.C. 197/2012, de 6 de noviembre, F.J. 11º:

<sup>144</sup> *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos. Análisis práctico de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, recopilación normativa y selección jurisprudencial, actualizado con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2007, págs. 33-34.

<sup>145</sup> *Ibidem*, págs. 46-47.

<sup>146</sup> *Ibidem*, págs. 47-48 y 51-54, teniendo presente la potestad del legislador para regular el estatuto del empleo público, con las consiguientes modulaciones del derecho al trabajo ex art. 35 de la C.E.

“Como recuerda la S.T.C. 68/1990, de 5 de abril, F.J. 3º, en la S.T.C. 178/1989, de 2 de noviembre, se señaló [...] ‘que el **legislador** goza de un amplio margen para establecer, dentro del marco constitucional, el **sistema concreto de incompatibilidad** de los empleados públicos, de forma que, el llamado principio de ‘incompatibilidad económica’ como el principio de ‘dedicación a un solo puesto de trabajo’ [...] además de no vulnerar en modo alguno la Constitución, no se encuentran vinculados únicamente a la **garantía de imparcialidad** sino también al **principio de eficacia**, bien entendido que, si este último principio es uno de los que pueden inspirar el régimen de incompatibilidades, no tiene por qué ser necesariamente el único [...]. Por tanto, y teniendo en cuenta tales premisas, han de extraerse dos consecuencias relevantes, atinente la primera a la **libertad del legislador** para diseñar un régimen de incompatibilidades en dicha Ley que puede responder [...] a los principios de imparcialidad y eficacia sancionados constitucionalmente, pero no sólo a éstos; y referente la segunda, a que la **regla general** en la Ley, que en este sentido recoge una tradición jurídica preexistente, es la **incompatibilidad** – y no la compatibilidad de funciones– respecto del personal al servicio de la Administración Pública’. Dicha regla puede [...] conocer **excepciones**, que han de respetar tales criterios y que, en su caso, han de ser también consideradas **básicas** (S.T.C. 172/1996, de 31 de octubre, F.J. 2º *in fine*)”.

Y ello porque, como afirma el anterior párrafo de esta Sentencia en cuanto a las competencias sobre esta materia,

“la aludida S.T.C. 178/1989, de 2 de noviembre, F.J. 6º, estableció que ‘el sistema de incompatibilidades del personal, cualquiera que sea el régimen jurídico al que esté sujeto, que se halle al servicio del sector público, debe encuadrarse dentro del **régimen jurídico de las Administraciones públicas**’, encuadramiento competencial del que se sigue que al **Estado** corresponde, *ex art. 149.1.18 C.E.*, el establecimiento de las **bases** [...] por cuanto, como recuerda la S.T.C. 172/1996, de 31 de octubre, F.J. 1º [...], ‘el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es básico en cuanto expresión de un **principio estructural organizativo** que se proyecta sobre el sector público en su conjunto’”, correspondiendo su desarrollo normativo al legislador autonómico.

Los principios que vamos a estudiar<sup>147</sup> tienen como última *ratio* y finalidad, por tanto, la salvaguarda de la condición de funcionario, concebida de esta forma y en tal configuración constitucional y legal, en la continuidad de su relación con la Administración y en su propia carrera. Y esto con independencia de que esos principios se traduzcan en la vertiente sustantiva de su régimen disciplinario o en las garantías procesales que imperan en la activación de la potestad mediante la cual se aplica el mismo. Todo lo anterior tiene sus consecuencias: la máxima expresión del carácter punitivo de esa potestad, que es la sanción de separación del servicio, está reservada

<sup>147</sup> Con ello damos aquí el merecido desarrollo apartado dedicado a tales principios, a los que hacíamos una “breve referencia” en GRECIET GARCÍA, “Parlamento e infracciones disciplinarias de los funcionarios: ¿el final de algunas ‘perplejidades’?”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 22, nº extraordinario, *La autonomía parlamentaria y el personal al servicio del Parlamento*, 2009, págs. 82-85.

exclusivamente al castigo de la comisión de las faltas disciplinarias muy graves<sup>148</sup> (art. 96.1.a) del E.B.E.P.), determinando la pérdida de aquella condición de funcionario de carrera cuando tuviere carácter firme (art. 63.d)).

Este precepto ostenta carácter básico y la causa que contiene se encuentra entre las que “producen la extinción irreversible de la condición de funcionario”<sup>149</sup>, al no preverse la rehabilitación o recuperación de la misma, una vez perdida<sup>150</sup>, dado que la sanción disciplinaria de separación del servicio opera a perpetuidad<sup>151</sup>, llegando así más lejos que la sanción penal<sup>152</sup>. Para que tenga lugar ese efecto, la exigencia de firmeza en la sanción es, por lo demás, coherente con el art. 138.3<sup>153</sup> de la Ley 30/1992, en un primer ejemplo de la traslación de los principios del Derecho sancionador al ámbito

---

<sup>148</sup> “Por la gravedad de sus efectos y en virtud del principio de proporcionalidad, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, la imposición de esta sanción requiere que la falta cometida sea de una gravedad especial por sí misma o que aparezca rodeada de agravantes de suficiente importancia. En definitiva, procederá la separación del servicio cuando previamente haya quedado eliminada la procedencia de imponer otra sanción de menor gravedad” (MARINA JALVO, op. cit., págs. 374-375).

<sup>149</sup> Queda la duda de si la renuncia cuenta con una configuración más “abierta”, proporcionada y acorde con los derechos fundamentales, en la medida en que el art. 68 del E.B.E.P. no contempla expresamente la rehabilitación para el supuesto de separación del servicio por sanción disciplinaria. El ap. 2 del precepto sí prevé la potestad de conceder la misma, aun con carácter excepcional, a los condenados a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido.

<sup>150</sup> MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, op. cit., págs. 216-217.

<sup>151</sup> Estos autores critican el silencio legal al respecto, a la vez que constatan el carácter no uniforme de la jurisprudencia (ibídem, págs. 99-101, 252-254 y 263-265). Además, la separación del servicio se erige no sólo en causa extintiva de la condición de funcionario, sino también impeditiva de su adquisición *ex art.* 56.1.d) del E.B.E.P., el cual configura la no separación como requisito de acceso al empleo público, que ha de concurrir en el aspirante a participar en los procesos selectivos y que IRURZUN MONTERO sitúa dentro de la “exigencia de unas cualidades éticas mínimas al servidor público” (op. cit., pág. 83).

<sup>152</sup> Este autor destaca cómo “la rehabilitación se ha previsto respecto del funcionario inhabilitado penalmente y está vedada al funcionario separado por sanción disciplinaria”, generándose efectos contradictorios, contrarios al principio de proporcionalidad y lesivos de la ética pública, la transparencia y la confianza de los ciudadanos, mostrándose partidario de modificar la norma (ibídem, págs. 86-87 y 91). MARINA JALVO justifica ese trato desigual recordando que la limitación temporal de las penas “no es sino el correlato necesario de los fines de reeducación y reinserción a los que deben orientarse. Fines que no resultan de obligada persecución para las sanciones disciplinarias ni para el resto de las sanciones administrativas [...]. En cualquier caso, [...] nada impide que la figura de la rehabilitación sea operativa en el ámbito que nos ocupa, extinguiendo las prohibiciones que derivan de la sanción [...], una vez transcurrido un cierto período de tiempo en el que el sancionado muestre una conducta que le haga merecedor de tal beneficio”, de manera análoga a la práctica laboral (op. cit., págs. 376-378) y equiparable al supuesto del funcionario inhabilitado por condena penal de inhabilitación (ibídem, págs. 380-381). Todo ello constituye, sin duda, un punto de apoyo para la extensión de los fines de la pena *ex art.* 25.2 de la C.E. al régimen disciplinario de los empleados públicos.

<sup>153</sup> En virtud del cual, en los procedimientos sancionadores, “La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva”.

disciplinario, y en concreto del control jurisdiccional de la ejecutividad de las sanciones administrativas, sobre lo cual se pronunció la S.T.C. 78/1996, de 20 de mayo<sup>154</sup>.

### **3.2. Configuración general de la responsabilidad disciplinaria: la “huida” de la sujeción especial.**

Presupuesto lo anterior, la incardinación del régimen disciplinario y de los principios que lo informan en una norma como el E.B.E.P. encuentra el respaldo de la doctrina sentada en la S.T.C. 99/1987, de 11 de junio, F.J. 3º.c), reproducida por las Ss.T.C. 37/2002, de 14 de febrero, F.J. 5º; 31/2010, de 28 de junio, F.J. 82º; y 81/2013, de 11 de abril, F.J. 6º. Con ello se establece la siguiente delimitación del estatuto de los funcionarios, extensivo al conjunto de los empleados públicos:

“En el primer inciso de su art. 103.3 la Constitución ha reservado a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o **‘régimen estatutario’**, por emplear la expresión que figura en el art. 149.1.18ª de la misma Norma fundamental. Es éste, desde luego, un **ámbito** cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa [...] **a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario** [...]. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta **normación**, en virtud de la **reserva constitucional** a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el **legislador** en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una **determinación material suficiente** de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda. Si estos límites se respetan no podrá decirse inconstitucional la remisión legal al Reglamento, según ya se apuntó por este Tribunal en el fundamento jurídico 6º de su Sentencia 57/1982...”.

Así pues, esta Sentencia “de cabecera”<sup>155</sup> sienta una reserva de ley que obliga a que la parte esencial o nuclear de la regulación de la potestad disciplinaria figure, de manera reconocible, en una norma con ese rango y valor, con apoyo no sólo en el art.

<sup>154</sup> Vid. una síntesis de su doctrina en MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA, op. cit., págs. 249-252.

<sup>155</sup> De la que se hacen eco otras más recientes, como las citadas *supra* y las Ss.T.C. 175/2011, de 8 de noviembre, F.J. 5º; y 33/2013, de 11 de febrero, F.J. 5º.



103.3 de la C.E. en cuanto comprensivo de los principios estatutarios reseñados, sino en el título de las “bases” del art. 149.1.18ª, del que hemos partido en nuestro examen.

Pasando al contenido del E.B.E.P. y previamente al estudio de los principios que rigen el ejercicio de la potestad disciplinaria de los entes y Administraciones Públicas, es obligado referirse a su art. 93, que trata de la **responsabilidad disciplinaria** y las **formas de autoría**, esto es, la identificación de los sujetos activos en sus diferentes grados de participación en las infracciones. Tal precepto contiene una regulación general de tal potestad, comprendiendo en primer lugar el ámbito subjetivo de aplicación del Título VII de la Ley. Según su ap. 1, “*Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto*”, lo que supone el sometimiento de los destinatarios del E.B.E.P. a ese régimen y a todas sus normas de desarrollo.

El ap. 4 de ese mismo art. 93 del E.B.E.P. es una norma de remisión en virtud de la cual “*El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral*”. Sin perjuicio de la voluntad omnicomprendiva de la norma básica, las diferencias de régimen no dejan de estar contempladas en ella. En las sanciones, por ejemplo, aunque funcionarios y trabajadores están englobados dentro del art. 96.1, el listado que contiene el precepto señala las pertinentes distinciones entre ambas clases de personal.

Por su parte, los aps. 2<sup>156</sup> y 3<sup>157</sup> del mismo art. 93 regulan las formas de participación en la comisión de las infracciones disciplinarias, como la inducción y el encubrimiento<sup>158</sup>, respectivamente, sin mencionar directamente al autor material, a

---

<sup>156</sup> “*Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad que éstos*”.

<sup>157</sup> “*Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos*”. Por tanto, se trata de una responsabilidad condicionada, a diferencia de aquella en la que se incurre con cualquiera de las otras formas de participación en la falta.

<sup>158</sup> Sobre la graduación y el alcance de la responsabilidad del encubridor vid. SEMPERE NAVARRO y HIERRO HIERRO, “Título VII. Régimen disciplinario”, en PALOMAR OLMEDA y SEMPERE NAVARRO (dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 973-974; y, con un enfoque más crítico, vid. LINDE PANIAGUA, “El régimen disciplinario en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en LINDE PANIAGUA (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Majadahonda, 2008, págs. 297-298.

diferencia del art. 90<sup>159</sup> de la L.F.C.E. de 1964. Debemos achacarlo a un olvido del legislador, difícilmente excusable aunque deba entenderse lógicamente implícita la inclusión del autor entre los responsables de la falta, por tratarse del principal de ellos y porque carece de sentido castigar al inductor y al encubridor sin que exista autoría *stricto sensu*. Tampoco se contemplan las diferentes formas de cooperación y complicidad en la infracción ni, en suma, se persigue una regulación tan exhaustiva como la del Código Penal<sup>160</sup> en el Título II de su Libro I, *De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas* (arts. 27 a 31).

En este sentido, resulta más afortunado el art. 130.1<sup>161</sup> de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aunque intente afirmar el principio de culpabilidad, esto es, la necesaria existencia de una modalidad subjetiva de culpa en consonancia con la imposibilidad de sancionar por una responsabilidad meramente objetiva; pero también de manera acorde con los demás principios del Derecho sancionador. Puede compararse la regulación de la autoría de las faltas disciplinarias en el art. 93, aps. 2 y 3, del E.B.E.P. con la de las infracciones administrativas en el art. 130.3<sup>162</sup> de la Ley 30/1992, dentro de aquel principio, para comprobar que cada uno de estos preceptos comprende lo que le falta al otro: aunque nada señala sobre la inducción y el encubrimiento, el segundo de ellos contiene la figura del garante, reflejo de la responsabilidad solidaria y subsidiaria y de dudosa traslación *in toto* cuando se trata del ejercicio de la potestad disciplinaria.

Al hilo del comentario del art. 93 del E.B.E.P., y deteniéndonos en la caracterización de las relaciones entre las Administraciones Públicas y sus empleados como de ***sujeción especial***, la misma pone de manifiesto una construcción que hoy entendemos claramente superada por la vigencia de los principios de la C.E. de 1978 y, por ende, poco conciliable con una concepción constitucionalmente adecuada del régimen disciplinario. Tal categoría merecería aquí un tratamiento separado, dada la

---

<sup>159</sup> “Incurrirán en responsabilidad no sólo los autores de una falta, sino también los jefes que la toleren y los funcionarios que la encubran, así como los que induzcan a su comisión”.

<sup>160</sup> En adelante, C.P., aprobado por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre.

<sup>161</sup> “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

<sup>162</sup> “Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”.

relevancia que ha tenido para el Derecho de la función pública, si bien nos limitaremos a dejar un esbozo general de la misma.

Para LASAGABASTER HERRARTE, que las ha estudiado por su valor más descriptivo que puramente dogmático, tales relaciones “contemplan como concepto jurídico a esa construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos, derivada de un mandato constitucional o de una previsión legislativa conforme con aquélla, que puede ser, en algunos casos, voluntariamente asumida, y que, a su vez, puede venir acompañada del reconocimiento de algunos derechos especiales en favor del ciudadano afectado por una tal situación”. Añade a continuación que “En virtud de las R.S.E. [*sic*] se limita el alcance del principio de legalidad, se desconocen los derechos fundamentales o se reduce su alcance, se minoran las garantías judiciales”<sup>163</sup> en una forma tal que ha abarcado muchas y muy diversas situaciones catalogadas bajo esa rúbrica común<sup>164</sup>, hasta el punto de que se ha calificado de “desmesura subjetiva y objetiva”<sup>165</sup> la paulatina ampliación experimentada por su ámbito de aplicación.

Esta perspectiva, que tendríamos por desechada en la doctrina y sustituida, en la jurisprudencia, por las técnicas al uso para la ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales, no ha sido totalmente descartada en la doctrina: “toda organización para su correcto funcionamiento exige que sus integrantes cumplan con sus obligaciones y, en consecuencia, el incumplimiento [...] debe permitir

<sup>163</sup> *Las relaciones de sujeción especial*, 1ª ed., Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, Madrid, 1994, pág. 25. Vid. también COTINO HUESO, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, *Poder Judicial*, 55, 1999 (III), pág. 298.

<sup>164</sup> Da una definición completa y precisa LÓPEZ BENÍTEZ: “... las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación” (op. cit., págs. 161-162 y 587-589), caracteres que este autor desarrolla para los funcionarios públicos, señalando que “La incardinación del funcionario en la organización administrativa determina [...] que [...] se haga un elemento más de ella, lo que significa naturalmente que queda situado también en el punto de mira del *ius disponendi* que tiene la Administración como titular de la misma” (ibídem, págs. 261-265). De este concepto, aun reconociendo sus méritos, critica MARINA JALVO el hecho de que prescinde de los contratados por la Administración en régimen laboral, que también son empleados públicos y cuyo régimen ha pretendido aproximar el E.B.E.P. al de los funcionarios (op. cit., págs. 75-76).

<sup>165</sup> Es la expresión utilizada por REVIRIEGO PICÓN y BRAGE CAMAZANO. Vid. su artículo “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus Letrados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 16, 2º semestre 2010, págs. 51-54.

que ésta [la organización] reaccione, advirtiendo, corrigiendo, sancionando o expulsando de la misma, en último extremo, al incumplidor”, lo que queda anudado a dos finalidades de la sanción disciplinaria, que derivarían de los principios de jerarquía y eficacia en la organización administrativa y en el funcionamiento de los servicios públicos, *ex art.* 103.1 de la C.E.: el inmediato o retributivo y el mediano o disuasorio<sup>166</sup>.

A pesar de ello, la efectividad de la potestad disciplinaria no puede, desde una óptica constitucional, vaciar de contenido los derechos y garantías, sustantivos y procesales, que se expresan en los principios que analizaremos en el siguiente apartado, pues sólo cabe una concepción de esa potestad que tenga a éstos como fundamento de su ejercicio. Y ello aun cuando aquellos “principios organizativos” de la Administración *ex art.* 103.1 de la C.E. “pueden desplegar una decisiva influencia en el valor de los derechos fundamentales en el seno de la relación funcionarial”, dado que “hay que adoptar un extremo cuidado en el manejo de estos principios [...], pues los mismos llevan en sí una peligrosidad tan manifiesta que su manejo [...] bien podría desembocar en la práctica en la pérdida de efectividad de los derechos fundamentales, o en que éstos sólo valieran hasta después de haberse dictado una medida administrativa concreta”<sup>167</sup>.

En un marco más general, en conexión tanto con los deberes y los principios reconocidos en otras normas administrativas como con la ética pública, se ha subrayado que “paulatinamente ha ido creciendo la demanda ciudadana de una Administración mejor, capaz de ejercer sus funciones no sólo con estricto sometimiento a Derecho y respetando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, sino también con eficacia y eficiencia”: una “modernización” en la que se encuadran “las reformas del empleo público”, las cuales “adquieren un relieve singular, debido a la importancia que el factor humano tiene entre todos los que integran la organización administrativa”<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> LINDE PANIAGUA, “El régimen disciplinario...”, *op. cit.*, págs. 284-286. En similar sentido cabe leer a COTINO HUESO: “En consecuencia, no puede eludirse la realidad que supone que *la eficacia de la Administración requiere de la limitación de los derechos y libertades de los directamente vinculados con ella*. Ahora bien, cabe ya subrayar que estas necesidades que conllevan tales limitaciones se subordinan plenamente a la idea de una finalidad. Esta finalidad, no hay que olvidar, supone, a la postre, un mejor servicio a la sociedad” (*op. cit.*, pág. 293). O dicho por el mismo autor: “postular la desaparición de las relaciones de supremacía especial en modo alguno supone negar la necesidad de que se limite el ejercicio de los derechos fundamentales de los individuos cercanos a la órbita de la Administración [...] el reconocimiento de la existencia de una relación de sujeción especial no excluye la necesidad de motivar y fundamentar adecuadamente aquellos límites, al igual que si de otra limitación a un derecho o libertad se tratase” (*ibídem*, pág. 320).

<sup>167</sup> LÓPEZ BENÍTEZ, *op. cit.*, págs. 447-448. Véase también ABA COTOIRA, *op. cit.*, págs. 168-170 y 225-229.

<sup>168</sup> SÁNCHEZ MORÓN, “Consideraciones...”, *op. cit.*, págs. 6-7.

Esas reformas –y, en particular, la que ha supuesto el E.B.E.P.– estarían así regidas por dos ideas fuerza: “debe permitir a las Administraciones públicas dotarse de los recursos humanos necesarios para el desempeño eficaz y objetivo de sus funciones, al servicio del público, pues sin esta perspectiva finalista, no hay verdadera reforma, en sentido sustantivo” y “debe ante todo garantizar la profesionalidad de los servidores públicos”<sup>169</sup>, nota distintiva que debe predicarse de los funcionarios de carrera y que, vinculada con el principio de imparcialidad (art. 103.3 de la C.E.), ha de ser atributo esencial de su quehacer e informar todo su estatuto jurídico.

Todo lo anterior se debe acompasar a los principios que vamos a tratar, teniéndolo presente en su desarrollo y despliegue práctico. Los mismos encabezan e inspiran un régimen cuya extensión y grado de detalle contrasta con la parca regulación de los ahora derogados arts. 87 y 89 a 93 de la L.F.C.E. y 31 de la L.M.R.F.P., que se ceñían a la graduación de los tipos en muy graves, graves y leves, un listado de las infracciones muy graves, los elementos para determinar la gravedad o levedad de las faltas<sup>170</sup> y la imposición de las sanciones<sup>171</sup>, con la necesaria tramitación, salvo para las infracciones leves, de expediente instruido al efecto.

Antes de entrar en la enunciación y explicación de tales principios, debemos fijarnos en la compleja relación entre el Título IX de la Ley 30/1992, relativo a la **potestad sancionadora de las Administraciones Públicas** y cronológicamente anterior al E.B.E.P., y el régimen disciplinario regulado casi *ex novo* por éste. El art. 127.1<sup>172</sup> de la Ley 30/1992 dispone: “*La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título...*”, lo que *a priori* podría darnos a entender que dicho régimen, en cuanto comprendido en un conjunto de normas con

<sup>169</sup> Ibidem, pág. 8.

<sup>170</sup> Así en el art. 89 de la L.F.C.E.: “*La gravedad o levedad de las faltas no enumeradas en el artículo anterior se fijará reglamentariamente en función de los siguientes elementos: a) Intencionalidad. b) Perturbación del servicio. c) Atentado a la dignidad del funcionario o de la Administración. d) Falta de consideración con los administrados. e) La reiteración o reincidencia*”.

<sup>171</sup> El art. 91 de la L.F.C.E., hasta su derogación por el E.B.E.P., seguía un régimen que difería parcialmente del art. 96 de éste, al asignar cada sanción, de las enumeradas en su ap. 1, a una categoría de infracción: separación del servicio para las muy graves (ap. 2, como igualmente hace el art. 96.1.a) del E.B.E.P.); la suspensión de funciones y el traslado con cambio de residencia para las graves (ap. 3) y muy graves; y el apercibimiento para las faltas leves (ap. 4).

<sup>172</sup> En redacción hoy dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

rango de ley –de acuerdo con la S.T.C. 99/1987<sup>173</sup>–, es una proyección del Derecho sancionador no ya en los principios sino en las reglas concretas: la potestad disciplinaria se configuraría, de este modo, como una especie de la sancionadora general.

No obstante, el art. 127.3<sup>174</sup> de la propia Ley 30/1992 vendría a desmentir tal hipótesis, al establecer que *“Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculados a ellas por una relación contractual”*, lo que implica una escisión legal de la regulación de dicha potestad respecto de la sancionadora. A mayor abundamiento, la D.A. Octava de la misma Ley 30/1992 extiende dicha inaplicación a toda la Ley, convirtiendo a la potestad disciplinaria en objeto de una *lex specialis*, de una norma distinta y desvinculada del régimen sancionador general: *“Los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la presente Ley”*.

La D.A. Tercera de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, vino a hacer más compleja la cuestión, al establecer su p.1º: *“Los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VII, VIII y X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*. Por tanto, en defecto de esa “normativa específica” –que, en lo básico, sería sustancialmente la misma a la que remite la D.A.

---

<sup>173</sup> Según su F.J. 3º.a), aquí “habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre –como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la S.T.C. 83/1984, de 24 de julio– que estas remisiones ‘sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley’, de tal modo que no se llegue a ‘una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir’”.

<sup>174</sup> Modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Octava de la Ley 30/1992—, sólo dos Títulos de ésta resultarían completamente inaplicables a la potestad disciplinaria de la Administración General del Estado sobre su personal: el Título VI, *De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos* (arts. 68 a 101), esto es, nada menos que el “procedimiento administrativo común” para el que los arts. 24 y 105.c) de la C.E. imponen el respeto, como mínimo, del derecho de audiencia; y el propio Título IX (arts. 127 a 138 de la Ley 30/1992), ya excluido por el art. 127.3 y por la D.A. Octava de la misma Ley.

Ello no sólo confirmaría aquella escisión, sino que habría generado una indeseable desigualdad de trato para el personal de las diferentes Administraciones Públicas, dado el carácter básico que es predicable tanto de la Ley 30/1992 como del E.B.E.P. Carece de sentido que una buena parte de la Ley 30/1992 sea, al menos, fuente supletoria de primer grado en el Derecho disciplinario del personal al servicio de la Administración General del Estado, mientras que se excluye de la aplicación de toda la Ley al de las demás Administraciones. Además, indirectamente se habría dado pábulo a la creación de un procedimiento disciplinario *sui generis*, que no tendría por qué compartir ninguno de los elementos del administrativo común ni del sancionador. Y con ello estarían en juego no sólo los principios de este último (art. 25 de la C.E.), sino también los del primero, que no se agotan en los ya señalados, abocando a un potencial apartamiento del art. 149.1.18ª cuando atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre “*el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*”.

Sin embargo, la discusión sobre el particular se desenvuelve sólo en el plano teórico: tamaña inseguridad jurídica no ha provocado un problema práctico insoluble. Consciente de ello, dice TRAYTER JIMÉNEZ: “Al respecto interesa destacar que, si bien el Título IX de la Ley [30/1992] no se aplica al derecho disciplinario, ello no significa, ni mucho menos, que el conjunto de principios constitucionales allí recogidos no resulten plenamente vigentes en el derecho disciplinario de los funcionarios públicos”, sino que tales principios “presiden el ejercicio de la potestad sancionadora, disciplinaria por parte de la Administración Pública”.

Nada de lo anterior impide que hayan de observarse una serie de adaptaciones y matizaciones<sup>175</sup>, pero de una manera tal que desmiente la exclusión total que cabría inferir del tenor literal de la Ley 30/1992 y, en suma, la separación absoluta de ambas potestades, al ser la disciplinaria una clase de la sancionadora –como ocurre con todos los procedimientos administrativos, que no son sino especialidades del común–; siendo trasladables a una y otra las garantías que han regido el Derecho penal moderno<sup>176</sup> desde sus orígenes<sup>177</sup>. Para MARINA JALVO, el art. 127.3 de la Ley 30/1992 “ha generado incomprensión y rechazo en la doctrina. No podía ser de otro modo, pues [...] los principios que en ese título [el IX] se incluyen son los que la Constitución enuncia expresamente y aquellos otros que del mismo texto ha extraído la jurisprudencia. En consecuencia, esta ley no puede excepcionar el ámbito disciplinario de la aplicación de los principios constitucionales relativos a la materia sancionadora. Sólo cabe entender, por tanto, que se ha querido respetar la especialidad del régimen disciplinario”<sup>178</sup>. Y PALOMAR OLMEDA, con una mirada retrospectiva sobre lo aquí expuesto, describe el E.B.E.P. como “una norma dictada en un momento en el que los elementos claves de la interpretación y de la proyección de los principios inspiradores del derecho penal sobre la potestad sancionadora, en general, y sobre las relaciones de sujeción especial, en particular, pueden considerarse como asentadas”<sup>179</sup>.

<sup>175</sup> Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, op. cit., págs. 906-907.

<sup>176</sup> Coincidimos en ello con LASAGABASTER HERRARTE, op. cit., págs. 270-271; aunque todavía la S.T.C. 76/1990, de 26 de abril, afirmara incidentalmente, en su F.J. 4º.b), “la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión, como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico”.

<sup>177</sup> En referencia a la concentración del *ius puniendi* en el Estado y al nacimiento de su versión moderna, es obligada aquí la cita de Cesare BECCARIA, cuando señala, respecto del primer principio de los que veremos aquí, que “La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden establecer las penas correspondientes a los delitos, y esta potestad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad misma” (*De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de ANDRÉS IBÁÑEZ, texto italiano establecido por Gianni FRANCIONI, Trotta, Madrid, 2011, pág. 117). Con esa conquista de la Ilustración, que se plasma en el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, concluye MIR PUIG que “El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de *seguridad jurídica*, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la *garantía política* de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo” (*Bases constitucionales del Derecho penal*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2011, págs. 71-72). Vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3ª ed. –2ª ed. en Civitas–, Cizur Menor, 2009, págs. 180-190.

<sup>178</sup> Op. cit., pág. 112, con argumentos que repite en págs. 125-126.

<sup>179</sup> *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 10ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, págs. 594-595.



#### 4. **LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA: DOCTRINA SOBRE LOS MISMOS EN SU DIMENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES.**

##### **4.1. Los principios del “ius puniendi” aplicados al ejercicio de la potestad disciplinaria: análisis singularizado.**

Esta potestad se ejercerá, por tanto, de acuerdo con lo que se desprende de los arts. 9.3, 24 y 25 de la C.E., teniendo presente que hoy los enunciados de las letras del art. 94.2 del E.B.E.P. trasladan lo dispuesto en el Título IX de la Ley 30/1992 al terreno disciplinario, conformando así una verdadera “comunidad de principios” en la que la Ley 7/2007 sigue la recomendación de la Comisión de estudio y preparación<sup>180</sup> que precedió a su elaboración y tramitación parlamentaria. Es obligado recordar que ya la primera jurisprudencia del T.C.<sup>181</sup> se inscribió en esta línea, lo que da a entender que el Alto Tribunal era consciente de lo que *se jugaba* en términos de *política constitucional* con la extensión de esos principios más allá de la esfera del Derecho penal. Con una mención expresa a los de índole procesal pero, al tiempo, con una declaración de alcance expansivo a todos, la capital S.T.C. 18/1981, de 8 de junio, F.J. 2º, partiendo del derecho a la tutela judicial efectiva y de las garantías del art. 24 de la C.E., señaló:

“Por ello es necesario determinar su ámbito, teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una **interpretación finalista de la Norma Fundamental.**

Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los **principios inspiradores del orden penal** son de aplicación, con ciertos matices, al **derecho administrativo sancionador**, dado que ambos son manifestaciones del **ordenamiento punitivo del Estado**, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro

---

<sup>180</sup> “Por lo tanto, la Comisión considera que el Estatuto Básico debe recoger unos principios generales del régimen disciplinario aplicables a todos los empleados públicos, que han de ser objeto de concreción y desarrollo para los funcionarios por las leyes y reglamentos de aplicación de aquél y para el personal laboral a través de los convenios colectivos” (VV.AA., *Estatuto Básico...*, op. cit., pág. 216; unos principios sustantivos que el Informe desarrolla, con un contenido muy similar al expuesto aquí, en las págs. 216-219).

<sup>181</sup> De aquí en adelante, dadas las características de este trabajo y como se ha señalado en la “Introducción”, nos limitaremos al examen de la jurisprudencia del T.C., suficientemente expresiva del desarrollo de estos principios, remitiéndonos a las monografías en la materia para el examen de la doctrina de otros Tribunales y, en particular, del T.S.

Tribunal Supremo [...], hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por **técnicas administrativas o penales**, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio **art. 25.3**, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las **diferencias** apuntadas en la aplicación de los **principios inspiradores** existen otras de carácter formal en orden a la **calificación** (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el **procedimiento** (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del **límite** ya señalado respecto al contenido de las **sanciones administrativas**".

- **a) Legalidad y tipicidad** de las faltas y sanciones<sup>182</sup>, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos. Indudablemente, son los más importantes de los principios aquí tratados, dado que el art. 31.1 de la L.M.R.F.P. de 1984 sólo tipificaba las infracciones muy graves y el art. 91 de la L.F.C.E. de 1964 englobaba un breve elenco de sanciones.

Encontramos la primera novedad en ese reconocimiento de la capacidad de los convenios para ser fuente del Derecho disciplinario, partiendo de que tienen el rango que les asigna el art. 3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>183</sup>, como fruto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 de la C.E.), el cual se integra como contenido de otro derecho fundamental: el de libertad sindical (art. 28.1 de la C.E.), en los términos de los arts. 1.2.d), 6.3.b) y 8.2.b) de la L.O. 11/1985, de 2 de agosto, y concordantes del propio T.R.L.E.T. Combinada con la llamada a los convenios para la determinación de las faltas graves *ex art. 95.3 del E.B.E.P.*, esta remisión a esa fuente "sí permitiría la creación de normas propias para los contratados laborales" en materia disciplinaria, singularizando a ese personal<sup>184</sup>.

Antes de la entrada en vigor del E.B.E.P., para encontrar las infracciones graves y leves, así como aspectos de gran relevancia como la regulación de los responsables, la

<sup>182</sup> Del principio de legalidad hemos de acoger aquí, en principio, su concepción estricta –esto es, formal–, sin perjuicio de las matizaciones que se efectúan en la exposición. Con ello, nos apartamos de la idea sobre la que descansa la noción de "principio de juridicidad", postulada por DE OTTO, que tiene la virtud de *normativizar* toda la actuación de las Administraciones Públicas, pero también entraña el riesgo de dejar un campo demasiado amplio al juego de la potestad reglamentaria y de socavar las bases del principio de legalidad en cuanto reserva de ley formal, por mucho que refuerce la vinculación positiva de los poderes públicos a las normas jurídicas (*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, en *Obras completas*, ed. y pres. de PUNSET BLANCO, Ramón, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., y VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, coord. de FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, págs. 949-952).

<sup>183</sup> En adelante, T.R.L.E.T., aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

<sup>184</sup> Según destaca FUENTETAJA PASTOR, op. cit., pág. 487. Sobre la relación laboral de empleo público y su regulación, además de la bibliografía ya citada, vid. DEL REY GUANTER, op. cit., págs. 103-122.

extinción de la responsabilidad y el procedimiento de tramitación de los expedientes, debíamos remitirnos al R.R.D.F.A.E. de 1986<sup>185</sup>. Admitiendo que la vigencia de esta norma se encontraba compensada, en las CC.AA., por la aprobación de sus respectivas Leyes de Función Pública, con sus correspondientes catálogos de infracciones, el R.R.D.F.A.E., desde su aprobación y hasta la entrada en vigor del E.B.E.P., vino a erigirse en una de las más importantes fuentes del régimen disciplinario, lo que nunca ha dejado de suscitar una importante inquietud doctrinal, no exenta de polémica<sup>186</sup>.

Dicho Reglamento resulta hoy de dudosa vigencia, pues el E.B.E.P. no se refiere a él sino tácitamente en la D.D. Única.g). Podemos considerar que, en tanto no se desarrolle el Estatuto Básico en la forma que preceptúa su art. 6 y teniendo presente su D.F. Segunda, tal norma sigue vigente en todo lo que pueda complementar al propio E.B.E.P. No obstante, el necesario respeto al principio de reserva de ley<sup>187</sup> deberá llevar a que la promulgación de las Leyes de desarrollo que regulen la función pública estatal y las autonómicas vaya haciendo que éstas *se subroguen* en la posición que ocupa el R.R.D.F.A.E. en el sistema de fuentes del Derecho disciplinario de los empleados públicos, dada la relevancia y caracteres específicos de la materia, que obligan a hacer prevalecer aquellos principios frente a construcciones ya superadas.

En este punto, LASAGABASTER HERRARTE sugiere que la existencia de una relación de sujeción especial ha podido justificar, en el pasado, la titularidad y ejercicio de la potestad reglamentaria independiente, si bien “Un análisis más pormenorizado pone, sin embargo, inmediatamente de manifiesto la innecesariedad [*sic*] de acudir a una tal categoría. El T.S. parece más llevado por la inercia que por una consideración detenida de los instrumentos que aporta el Derecho positivo”<sup>188</sup>. Hoy la jurisprudencia

<sup>185</sup> Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por R.D. 33/1986, de 10 de enero.

<sup>186</sup> Tal como reconocen IVARS RUIZ y MANZANA LAGUARDA, IVARS RUIZ y MANZANA LAGUARDA, *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos: comentarios, doctrina y jurisprudencia: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 41-44; o, de manera más amplia, MARINA JALVO, op. cit., págs. 138-146.

<sup>187</sup> Este principio, como dimensión del más general de legalidad, ha sido objeto de un prolijo tratamiento en la doctrina española, que, a título de ejemplo y sin perjuicio de estudios más recientes, sintetiza en lo esencial LASAGABASTER HERRARTE, op. cit., págs. 195-205 y 420, en las que se contraponen las dos posiciones, esto es, la defensa de la cláusula general que supone aquella o su refutación, que este autor apoya. En relación con ello, vid. también LÓPEZ BENÍTEZ, op. cit., págs. 296-306. Para la reserva de ley en la C.E. de 1978, vid. SANTAMARÍA PASTOR, op. cit., págs. 776-783.

<sup>188</sup> Op. cit., pág. 254, lo que reitera en la pág. 268, después de lo que señala en torno a este extremo (ibídem, págs. 233-242). Ello confirma lo obsoleto de esa noción-talismán que tanto marchamo doctrinal y jurisprudencial llegó a adquirir: “Al final, las R.S.E. se presentan como el argumento al que acudir, la ‘varita mágica’ con la que resolver problemas de legalidad que deberían encontrar su marco en otras

del T.C. impide el planteamiento de una hipótesis de ese tipo, que pudiera conducir a un alejamiento de la reserva de ley, aunque limitada, como una de las principales garantías –si no la más importante– del ejercicio de la potestad disciplinaria.

Por tanto, hemos de concluir que el art. 94.2.a) del E.B.E.P. confiere a la ley, producto normativo del Parlamento por antonomasia, la primacía de la que es acreedora en la fijación de las infracciones<sup>189</sup> y sanciones, en atención al sentido constitucional de la reserva de ley, que ya delimitó la S.T.C. 83/1984, de 24 de julio, en su F.J. 4º:

“entraña, en efecto, una **garantía esencial de nuestro Estado de Derecho**, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los **ámbitos de libertad** que corresponden a los **ciudadanos** dependa exclusivamente de la **voluntad de sus representantes**, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”.

Otros preceptos del E.B.E.P., con los que aquél ha de interpretarse conjuntamente, son fieles a esta línea maestra; así:

- el propio art. 95.2 contiene un listado completo de las faltas disciplinarias muy graves, remitiéndose su letra p) a la eventual tipificación de más conductas por Leyes de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las CC.AA., así como a los convenios colectivos en el caso del personal laboral. Esto último se ha considerado problemático en la medida en que el listado de faltas disciplinarias del art. 54.2 del T.R.L.E.T., siendo tasado, contiene causas de despido muy abiertas, en un régimen de difícil conciliación con el puramente administrativo; el despido del personal laboral está previsto como sanción en el art. 96.1.b) del E.B.E.P. que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que se desempeñaban<sup>190</sup>;

---

categorías jurídicas, en algunos casos, en expresas previsiones constitucionales”, postulándose que la labor se realce materia por materia “y no mediante cláusulas abiertas, como las R.S.E., que producen una gran inseguridad jurídica” (ibídem, pág. 269). En definitiva, “La utilización de la categoría R.S.E. en relación con el principio de legalidad, atendiendo a la jurisprudencia de los tribunales, se ha convertido en algo imprevisible. No hay la menor certeza de cuándo puede un tribunal adoptar tal categoría para disculpar las exigencias derivadas del principio de legalidad, ni tampoco en qué medida [...]. Las referencias a las R.S.E. se realizan sin justificar en cada caso concreto las razones que fundamentan su uso [...]. Esta falta de justificación, de argumentación, produce una gran inseguridad jurídica” (ibídem, págs. 344-345), subrayando a continuación las palpables contradicciones a que ha dado lugar el uso de ese concepto, ya cuestionado en 1994, fecha de la obra de este autor.

<sup>189</sup> Acerca de las infracciones disciplinarias vid. GRECIET GARCÍA, op. cit., págs. 85-95.

<sup>190</sup> Vid., citando a la doctrina laboralista, CÁMARA DEL PORTILLO, “Régimen disciplinario de los empleados públicos: funcionarios y personal laboral”, en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado*

- el art. 95.3 fija una serie de circunstancias a las que habrán de atender las leyes o convenios colectivos que establezcan las infracciones graves;
- el art. 95.4 reserva a las Leyes de desarrollo del Estatuto la tipificación de las leves, lo que no deja de marcar una diferencia más con el sistema anterior<sup>191</sup>;
- y el art. 96 contiene la regulación de las sanciones disciplinarias, enumerando su ap. 1 las siguientes: separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves; despido disciplinario del personal laboral<sup>192</sup>; suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años; traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca; demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria; apercibimiento; y cualquier otra que se establezca por ley, lo que no hace sino confirmar la vigencia del principio de legalidad sancionadora.

Así pues, “la determinación del régimen concreto de las infracciones y sanciones se produce mediante la aplicación de dos principios: determinación adicional y complementariedad [...]. De esta forma podemos indicar que las leyes de desarrollo del E.B.E.P. están llamadas a cumplir un objetivo potencial –complementar la tipificación de las infracciones muy graves– y uno obligatorio –determinar el régimen de las infracciones graves y leves–”<sup>193</sup>. Con todo lo anterior se estaría cumpliendo con la doctrina jurisprudencial sobre el Derecho sancionador estatal, para la cual, y sin perjuicio de su eficacia limitada –frente a la absoluta en el Derecho penal–, el principio de legalidad

“implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que

---

*Público y su desarrollo legislativo. Curso extraordinario – Zaragoza, 27 y 28 de septiembre de 2007*, ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2007, pág. 236.

<sup>191</sup> Si en el régimen disciplinario los tipos infractores estaban fijados en una disposición reglamentaria, en el Derecho sancionador predomina, además, la “técnica de remisión residual”, esto es, “una remisión en blanco para las infracciones leves, de tal manera que las [...] que no aparezcan expresa, positiva y directamente tipificadas se consideran leves” (NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 512).

<sup>192</sup> Según el art. 96.2, “Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”.

<sup>193</sup> PALOMAR OLMEDA, *Derecho...*, op. cit., págs. 595-596.

significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador” (S.T.C. 133/1987, de 21 de julio).

Agregadas estas dos notas, “se llega al mandato de tipificación: una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma”, a la que se añade la exigencia de reserva legal, “una garantía acumulada con la que se acelera el proceso de neutralización de la Administración”<sup>194</sup>, al ordenarse que ese mandato se cumpla mediante la ley aprobada por el Parlamento; de manera que la falta disciplinaria consista, esencialmente, en la realización de una conducta que reúna, a la vez, la nota de antijuridicidad que convierte a la misma en injusto típico, en acto ilícito.

Consagrados ambos principios, constitucionalmente imperativos, por reiterada jurisprudencia del T.C. (entre otras, Ss.T.C. 62/1982, de 15 de octubre; 42/1987, de 7 de abril; 182/1990, de 15 de noviembre; 93/1992, de 11 de junio; 116/1993, de 29 de marzo; 120/1996, de 8 de julio; 133/1999, de 15 de julio; 38/2003, de 27 de febrero; ó 195/2005, de 18 de julio), la S.T.C. 104/2009, de 4 de mayo<sup>195</sup>, ha desarrollado, en su F.J. 2º, la doctrina sobre la doble dimensión que presenta el de legalidad, y que

“hemos recordado recientemente en las Ss.T.C. 162/2008, de 15 de diciembre, F.J. 1º, y 81/2009, de 23 de marzo, F.J. 4º, según la cual el derecho fundamental enunciado en aquel precepto ‘incorpora la **regla *nullum crimen nulla poena sine lege***’, que también ‘es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo’, y comprende una **doble garantía, formal y material**”.

Esto es, se trataría de la legalidad propiamente dicha y la tipicidad.

- Así y en relación a la primera de ellas, dice la S.T.C. 104/2009:

“La **garantía formal**, de exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, ‘tiene una **eficacia relativa o limitada** en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la **colaboración reglamentaria** en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Por tanto, la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los **elementos esenciales** de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley”.

<sup>194</sup> NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 162-164, donde expone los, a su juicio, inconvenientes de este proceso evolutivo.

<sup>195</sup> Atenderemos en este punto al texto de la S.T.C. 104/2009, cuya doctrina ha sido seguida después, por ejemplo, por la S.T.C. 135/2010, de 2 de diciembre (FF.JJ. 4º y 5º), que para NIETO GARCÍA se halla entre las “sentencias rigurosas que cierran de hecho la posibilidad de una colaboración reglamentaria útil” (ibídem, pág. 225).

Como han declarado más recientemente las Ss.T.C. 90/2012, de 7 de mayo, F.J. 4º; y 13/2013, de 28 de enero, F.J. 2º,

“la garantía formal hace referencia al **rango necesario** de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones ‘toda vez que la doctrina constitucional reitera que el término **'legislación vigente'** contenido en el art. 25.1 C.E. es expresivo de una **reserva de ley** en materia sancionadora (por todas S.T.C. 77/2006, de 13 de marzo, F.J. único y jurisprudencia allí citada)”

Partiendo de las consideraciones que ya contenían las Ss.T.C. 83/1984, de 24 de julio, F.J. 4º; y 101/1991, de 13 de mayo, F.J. 3º, la S.T.C. 104/2009 viene a confirmar la relativización de la reserva de ley en el Derecho sancionador general y también en el disciplinario, admitiendo el juego complementario de los reglamentos de ejecución siempre que cuenten con una cobertura legal mínima (Ss.T.C. 77/1983, de 3 de octubre; 2/1987, de 21 de enero; 29/1989, de 6 de febrero; 219/1989, de 21 de diciembre; ó 61/1990, de 29 de marzo<sup>196</sup>; junto con otras como las Ss.T.C. 305/1993, de 25 de octubre; 45/1994, de 15 de febrero; 60/2000, de 2 de marzo; 132/2001, de 8 de junio; 25/2002, de 11 de febrero; 188/2005, de 7 de julio; 229/2007, de 5 de noviembre). Recuerda el Tribunal que

“en los conclusivos términos de la S.T.C. 132/2001, ‘viene declarando este Tribunal que el art. 25.1 C.E. proscribe toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio’ [...]. Lo que el art. 25.1 C.E. prohíbe, en definitiva, es la remisión de la ley al reglamento sin una **previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia ley**”.

Es esto lo que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ llaman “**remisión normativa**”<sup>197</sup>, que puede hacerse en el campo que nos ocupa, bien que con las cautelas y límites referidos en la jurisprudencia del T.C. y del T.S.

Éstos han ido siendo objeto de una progresiva reelaboración doctrinal que parte de las relaciones generales que ley y reglamento guardan entre sí en nuestro sistema de fuentes, y que vienen definidas por la noción que, partiendo de la capital S.T.C. 83/1984, de 24 de julio, dio SANTAMARÍA PASTOR de “complemento

<sup>196</sup> La importancia de esta Sentencia en la exclusión de la posible lesión de derechos fundamentales en el uso de la potestad disciplinaria es destacada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...II*, op. cit., págs. 175-177 y 180-181, reiterando los argumentos expuestos en las págs. 19-20; también por NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 251. La concepción de aquella potestad en cuanto ligada a que el funcionario se halle en una situación de esa naturaleza puede conllevar, en algún caso, restricciones en el ejercicio de tales derechos, pero sin que por ello dejen de ser exigibles los principios constitucionales de legalidad y tipicidad sancionadoras.

<sup>197</sup> *Curso...I*, op. cit., págs. 279-287.

indispensable”<sup>198</sup> o por la relatividad de la reserva de ley, que, al modo de los minerales, sería susceptible de medición por una “escala de dureza”<sup>199</sup>. DE OTTO, por su parte, discrepa de esta concepción teórica y propone otra –aunque de consecuencias similares– basada en la distinción entre reserva horizontal y vertical, y en la que la remisión normativa cabe en la segunda, de acuerdo con la idea de “tratamiento jurídico o disciplina normativa”<sup>200</sup>. Por su parte, NIETO GARCÍA se muestra muy crítico con el paso “de la *reserva legal específica* de las infracciones administrativas –que es la clave de todo el moderno Derecho Administrativo Sancionador– para sustituirle en la práctica por una simple exigencia de cobertura legal”, a resultas de lo cual ese Derecho “pierde su especificidad y, con ella, su identidad”, con consecuencias frontalmente contrarias al art. 25.1 de la C.E.<sup>201</sup>. Más adelante y con respecto a las sanciones, constata que la reserva de ley “*no es tanto el deber del Legislador de tipificar las sanciones como el que tenga la posibilidad de hacerlo y decida si va a realizarlo él directamente o va a encomendárselo al Ejecutivo*”<sup>202</sup>.

En relación con ello, LASAGABASTER HERRARTE destaca que “el repaso doctrinal y jurisprudencial pone suficientemente de manifiesto que la categoría jurídica de la remisión normativa, como tantas otras categorías fundamentales, dista mucho de tener unos perfiles claramente establecidos”, dadas las contradicciones presentes en la jurisprudencia, pero también por el carácter equívoco que, de un modo u otro, presenta el vocabulario con el que se ha dado curso legal a las remisiones normativas como modulación de la reserva de ley<sup>203</sup>. En su monografía de 1994, este autor subrayaba que, desde la entrada en vigor de la C.E. de 1978, “se han mantenido interpretaciones

<sup>198</sup> Op. cit., págs. 783-789 y 800-801, en las que se detalla esta idea.

<sup>199</sup> LASAGABASTER HERRARTE, op. cit., pág. 222; en la pág. 346 echa en falta “una mayor técnica legislativa, en especial en lo que hace a las remisiones normativas”, y en la pág. 423 añade que “Será precisa también [...] una labor de concreción, materia por materia, del alcance de la reserva de ley, en definitiva una nueva dotación conceptual para la que existen los instrumentos necesarios”, haciendo especial hincapié en los principios constitucionales.

<sup>200</sup> Vid. su *Derecho constitucional...*, en *Obras completas*, op. cit., págs. 1.021-1.024.

<sup>201</sup> Op. cit., págs. 166-167. Posteriormente presenta la “cobertura legal” como respuesta a la exigencia de la vinculación positiva de la Administración a la ley, pero también como técnica de habilitación genérica que obvia “*la regla específica de las reservas legales*”, cuyas exigencias “*deben ser consideradas como prevalentes*”; en suma, la cobertura “ha de ser rigurosa y mucho más firme que un simple Reglamento, puesto que el principio de juridicidad no es suficiente en Derecho Administrativo Sancionador” (ibidem, págs. 250-252); “si la colaboración reglamentaria [...] se ha degradado tanto que equivale a reglamentación ordinaria, no se sabe qué función de garantía está cumpliendo” (ibidem, pág. 571).

<sup>202</sup> Ibidem, pág. 220.

<sup>203</sup> Op. cit., págs. 229-233. En las págs. 219-229 examina las posiciones doctrinales y, al hilo de ello, la jurisprudencia al respecto, en particular la del T.S., que fluye de manera más o menos paralela y aun imbuida de las consideraciones de aquéllas. Asimismo, este autor se basa en lo que la S.T.C. 209/1987, de 22 de diciembre, vino a declarar en torno a la configuración constitucional de la potestad reglamentaria.



que no han atendido al exacto contenido constitucional, acentuando, quizá como contestación al régimen político anterior, el poder del Parlamento y olvidando determinar el alcance de la reserva de ley o de la potestad reglamentaria del Gobierno conforme al nuevo texto constitucional”<sup>204</sup>. Sin embargo y en lo que hace al régimen disciplinario de los empleados públicos, no puede seguir predicándose tan escasa madurez de tales categorías jurídico-constitucionales en España<sup>205</sup>, en parte por la evolución de la separación de los poderes públicos en cuanto colaboración entre ellos, pero también por la *vis expansiva* de los derechos fundamentales.

Finalmente y en cuanto al juego de la ley en el desarrollo autonómico de las bases estatales, si sostenemos que esta potestad disciplinaria es una concreción de la sancionadora general, en este punto habremos de seguir, en consecuencia, la accesoriadad que de la misma predica la S.T.C. 8/2012, de 18 de enero, F.J. 11º:

“Por ello, como dijimos en la S.T.C. 124/2003, de 19 de junio (F.J. 8º), las **Comunidades Autónomas** ‘pueden adoptar **normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate**, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las **garantías constitucionales** dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (**art. 25.1 C.E.**), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable a otras partes del territorio (art. 149.1.1 C.E.; Ss.T.C. 87/1985, de 16 de julio, F.J. 8º; y 196/1996, de 28 de noviembre, F.J. 3º)’”.

- Por otra parte y volviendo al texto de la S.T.C. 104/2009,

“La **garantía material** ‘aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones’ (por todas, Ss.T.C. 242/2005, de 10 de octubre, F.J. 2º, 162/2008, de 15 de diciembre, F.J. 1º, y 81/2009, de 23 de marzo, F.J. 4º).

<sup>204</sup> Ibídem, págs. 230-231, en las que, además, destaca la fragilidad de la remisión en cuanto concepto, pero también la falta de técnica legislativa de las cláusulas que la contienen.

<sup>205</sup> Vid. también LÓPEZ BENÍTEZ, op. cit., págs. 311-330, en las que, aparte de repasar varias cuestiones a propósito de las relaciones de sujeción especial, afirma, en referencia al art. 103.3 de la C.E., que “el hecho [...] de que la relación funcional se vincule a un precepto constitucional específico, situado fuera de ese fundamental Título I, no significa que en la regulación de la misma no puedan verse implicados derechos y libertades fundamentales sujetos a reserva y precisados, por consiguiente, de una mayor densidad normativa de la Ley”, concluyendo que “en el ámbito disciplinario las remisiones al Reglamento tienen que seguir cumpliendo esas exigencias mínimas de legalidad y tipicidad que el Tribunal Constitucional exige para el resto de las sanciones administrativas”, pues el sometimiento a los arts. 53.1 y 81.1 de la C.E. determina que “las posibilidades de remitir al Reglamento disminuyen en intensidad a medida que nos encontremos ante derechos fundamentales”.

En suma, la garantía material tiene un **alcance absoluto**, de manera que la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de **certeza** las **conductas** que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (Ss.T.C. 100/2003, de 2 de junio, F.J. 2º; 26/2005, de 14 de febrero, F.J. 3º; y 242/2005, de 10 de octubre, F.J. 2º). De conformidad con la referida doctrina, este Tribunal ha entendido que la **técnica de tipificación por remisión y en blanco de la Ley al Reglamento**, dejando a la potestad reglamentaria por entero y *ex novo* la definición de las conductas susceptibles de sanción, resulta **frontalmente contraria al principio de legalidad en materia sancionadora del art. 25.1 C.E.**”.

Sobre este particular subraya NIETO GARCÍA que *“La suficiencia de la tipificación es [...] una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta. A la vista de la norma debe saber el ciudadano [en nuestro caso, el empleado público] que su conducta constituye una infracción y, además, conocer cuál es la respuesta punitiva que a tal infracción depara el Ordenamiento, constatando este autor que el legislador debe esforzarse por alcanzar en ello “la mayor precisión posible”, en tanto que el intérprete, en España, haya adoptado la fórmula de la “descripción suficiente” de los tipos infractores, las sanciones y la correspondencia entre ambos*<sup>206</sup>. Se trata de una exigencia, como dijo la S.T.C. 61/1990, de 29 de marzo, F.J. 9º,

*“que [...] afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación o escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que –como se dice en la S.T.C. 219/1989– el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta”.*

La fijación de esa correlación no es un aspecto totalmente satisfecho por el E.B.E.P., cuyo art. 96.1 sólo contiene la enumeración de las sanciones sin establecer esa correspondencia, reservando la separación del servicio y el despido disciplinario del personal laboral para la comisión de faltas muy graves<sup>207</sup>. Se trata de una carencia que, de conformidad con la vertiente formal del principio de legalidad, tendrán que subsanar

<sup>206</sup> Op. cit., pág. 268.

<sup>207</sup> “Este sistema de tipificación es seguido por la práctica totalidad de las normas sancionadoras administrativas y, aun cabe decir más: es el único posible. La norma tipificadora no puede determinar todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la realización del tipo concreto y, por ello, tampoco puede determinar apriorísticamente la sanción adecuada o proporcional a dichas circunstancias” (MARINA JALVO, op. cit., pág. 244).

las leyes de desarrollo del propio E.B.E.P.<sup>208</sup>; de otra manera, la determinación de la sanción concreta quedará confiada casi exclusivamente a la Administración en tanto que intérprete y aplicadora de la norma, y, en su caso, a los Tribunales que controlen esta actividad en vía de recurso velando por la vigencia del principio de proporcionalidad<sup>209</sup>, lo cual está constreñido por los límites que señalaremos a continuación, dadas las exigencias que la jurisprudencia constitucional ha hecho valer.

Así, precisa la garantía material sancionadora la S.T.C. 297/2005, de 21 de noviembre, F.J. 8º, según la cual la misma

“contiene un doble mandato. El primero, es el de **taxatividad**, dirigido al **legislador** y al **poder reglamentario**, y ‘según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras, llevando a cabo el ‘máximo esfuerzo posible’ (S.T.C. 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones’ (S.T.C. 151/1997, de 29 de septiembre, F.J. 3º). En este contexto, hemos precisado que ‘constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de **conceptos jurídicos indeterminados**, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 C.E. se subordina a la posibilidad de que su **concreción** sea razonablemente factible en virtud de **criterios lógicos, técnicos o de experiencia**, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada’ (S.T.C. 151/1997, de 29 de septiembre, F.J. 3º)<sup>210</sup>.

El segundo es un mandato que se dirige a los **aplicadores del Derecho**. En efecto, la garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene, según hemos dicho en las Ss.T.C. 120/1996,

<sup>208</sup> LORENZO DE MEMBIELA echa de menos un carácter más “elaborado y sistemático con las exigencias constitucionales” en la traslación del principio de tipicidad a la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas, dada la indeterminación de muchos ilícitos y la abundancia de normas en blanco y remisiones (“La tipicidad en el procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos”, *Actualidad administrativa*, 10, mayo 2007, págs. 1.171-1.172). Por su parte, MARINA JALVO destaca los supuestos de responsabilidad disciplinaria establecidos en la propia Ley 30/1992, por incumplimiento de deberes fijados en la misma (hoy los localizaríamos en sus arts. 42.7, 74.2, 79.2 y 83.3), “sin hacer mención alguna sobre el grado de gravedad de las concretas infracciones que se entienden cometidas” y sin “establecer previsiones relativas a las sanciones aplicables” (op. cit., pág. 150), lo que obligará a integrar esas disposiciones con las del E.B.E.P. y su normativa de desarrollo.

<sup>209</sup> Así lo destaca NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 511-513; si bien este autor termina considerando la “tipificación indirecta o por remisión” incluso como “la única viable. Negarse a admitirla es pretender poner puertas al campo” (ibídem, pág. 572). MARINA JALVO destaca el protagonismo de este principio “como técnica de control de las potestades discrecionales de la Administración”, sobre todo cuando “las infracciones aparezcan tipificadas de manera imprecisa” (op. cit., págs. 242-243), como analizaremos de inmediato.

<sup>210</sup> “Esta compatibilidad”, recalca la S.T.C. 151/1997, “es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción”. “En todo caso”, ello “no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos”.

de 8 de julio, F.J. 8º, y 151/1997, de 29 de septiembre, F.J. 4º, ‘como precipitado y complemento la de **tipicidad**, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora’. En la última resolución, este Tribunal añadió que “como quiera que dicha **frontera** es, en mayor o menor medida, ineludiblemente **borrosa** –por razones ya de carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje–, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del art. 25.1 C.E. deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la **razonabilidad** que imponen los **principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos** que son los que sustentan el principio de legalidad”.

La relevancia de los principios de legalidad y tipicidad se extiende, por tanto, a la interpretación y aplicación de las normas sancionadoras, de lo cual es muestra reciente la S.T.C. 70/2012, de 16 de abril, F.J. 5º, cuando declara que

“la posibilidad de que se produzca una vulneración del art. 25.1 C.E. como consecuencia de las pautas interpretativas empleadas para la subsunción de la conducta en el tipo de la infracción ha sido expresamente contemplada por este Tribunal, afirmando que la **validez constitucional** de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al **tenor literal del enunciado normativo**, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su **previsibilidad** (Ss.T.C. 151/1997, de 29 de septiembre, F.J. 4º; y 236/1997, de 22 de diciembre, F.J. 3º), hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica”.

Esta Sentencia sigue, con ello, la doctrina de la S.T.C. 104/2011, de 20 de junio, F.J. 9º, la cual han reproducido también las Ss.T.C. 30/2013, de 11 de febrero, F.J. 3º; y 45/2013, de 25 de febrero, F.J. 2º:

“no sólo vulneran el principio de legalidad las **resoluciones sancionadoras** que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también **constitucionalmente rechazables** aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a **soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios**’ (S.T.C. 137/1997, de 21 de julio, F.J. 7º; también, entre otras, Ss.T.C. 189/1998, de 28 de septiembre, F.J. 7º; 13/2003, de 28 de enero, F.J. 3º; 138/2004, de 13 de septiembre, F.J. 3º; 242/2005, de 10 de octubre, F.J. 4º; 9/2006, de 16 de enero, F.J. 4º; 262/2006, de 11 de septiembre, F.J. 4º; 129/2008, de 27 de octubre, F.J. 3º)”<sup>211</sup>.

<sup>211</sup> Si la S.T.C. 131/2003, de 30 de junio, F.J. 6º, definió la posición del Tribunal declarando que “nuestro control sobre las decisiones judiciales que aplican tipos sancionadores sólo puede penetrar allí donde tal aplicación tenga lugar en virtud de interpretaciones sorprendentes, que excedan del tenor literal posible del precepto o que se aparten de las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional o de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica”, su doctrina posterior ha precisado que

En conexión con todo ello y con respecto al mismo principio de tipicidad, la doctrina ha apuntado que “en el ámbito del derecho disciplinario se ha planteado, desde siempre, tres tipos de problemas, a saber: la tipificación de normas sancionadoras en blanco; el tema polémico de las cláusulas abiertas y, por último, las infracciones deontológicas”<sup>212</sup>; siendo así que los dos primeros responden a un problema jurídico muy común, estrechamente ligado a las dificultades de la operación de subsunción, que ha de salvar la distancia entre los hechos y el tenor de la Ley mediante su valoración: “si las normas del Derecho administrativo sancionan, por lo general, conductas delimitadas de forma abstracta y genérica, no se puede pretender que exista identidad total entre éstas y las circunstancias accidentales que rodean a una concreta conducta”<sup>213</sup>.

La definición de una norma en blanco sería la siguiente: “aquella cuyo complemento en la descripción del ilícito se halla en otro precepto de dicha norma o normas distintas con independencia de su rango”. Ello no ha de superar aquí tantas condiciones y obstáculos como en el Derecho penal, aunque también se use en éste y así lo admitiera la S.T.C. 8/1981, de 30 de marzo; sin embargo, sí ha de cumplir exigencias elementales de seguridad jurídica, lo que pasa por que la norma destinataria de la remisión revista un carácter complementario e integrador del precepto sancionador, que es el que tipifica los elementos nucleares de la conducta infractora<sup>214</sup>.

El supuesto de las cláusulas abiertas “coincide con el anterior en que únicamente parte del tipo está legalmente descrito, pero aquí es el juez y no otras normas o preceptos quien concreta el resto”, lo que comporta un riesgo mayor en la medida en

---

el parámetro de razonabilidad metodológica debe enjuiciar “si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde” a tales modelos; y el de la axiológica “la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional” (Ss.T.C. 91/2009, de 20 de abril, F.J. 6º; y 153/2011, de 17 de octubre, F.J. 8º).

<sup>212</sup> Estas tres cuestiones, expuestas a continuación, son desgranadas por TRAYTER JIMÉNEZ, op. cit., págs. 912-917.

<sup>213</sup> MARINA JALVO, op. cit., pág. 169.

<sup>214</sup> Para NIETO GARCÍA serían leyes en blanco “aquellas que *no alcanzan por sí mismas el grado de precisión tipificante que exige la Constitución*. Y con ello el problema estaría en determinar hasta dónde puede llegar [...] el debilitamiento del mandato de tipificación, o sea, el punto concreto que separa lo lícito de lo ilícito”, precisándose su contenido teórico en una regulación sustantiva no exhaustiva; unas instrucciones, criterios o bases suficientes para su desarrollo; una habilitación para que el reglamento incida en la zona reservada a la ley; y una remisión al resultado de la colaboración reglamentaria así posibilitada (op. cit., pág. 228). Ello viene a coincidir con la idea del “complemento indispensable”, que supone un condicionamiento de la habilitación y de la remisión: así lo confirmó, para las normas penales, la S.T.C. 127/1990, de 5 de julio. F.J. 3º.B), para que “resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”, presupuesto el carácter expreso del reenvío y su justificación “en razón del bien jurídico protegido” por la norma.

que se defiende al órgano jurisdiccional –y, previamente, al sancionador– el margen de fijación de esa conducta, delineada tan sólo por el recurso o la aproximación a los conceptos jurídicos indeterminados. No en vano, ya la S.T.C. 69/1989, de 20 de abril, F.J. 1º, recordó que

“los **conceptos legales** no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un **margen de indeterminación** en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los **criterios interpretativos** antes enunciados”.

Esto es, los utilizados por el Tribunal al definir el mandato de taxatividad<sup>215</sup>.

Finalmente, “las infracciones deontológicas son aquellas que para describir el comportamiento prohibido por el ordenamiento no utilizan conceptos técnicos sino puramente éticos”, en la línea de la legislación preconstitucional: supone una tipificación calificada por la jurisprudencia como “suficiente y previsible”, semejante al hipotético caso de inclusión “negativa” de los principios y deberes del Código de Conducta, de textura ética o mixta entre lo ético y lo jurídico, al catálogo de infracciones disciplinarias, obviando así la separación de estas dos piezas del estatuto de los empleados públicos, aunque las mismas hayan de “ensamblarse” o unirse necesariamente para servir al fin constitucional común que les es propio<sup>216</sup>.

<sup>215</sup> La S.T.C. 151/1997, de 29 de septiembre, F.J. 3º, sienta una interpretación restrictiva al ordenar al aplicador de la norma “realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma”, añadiendo que “la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo [...] a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución. Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos, ha de hacerse [...] de modo explícito. El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma. Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 C.E. es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo”.

<sup>216</sup> Los tres supuestos anteriores son estudiados también por MARINA JALVO, op. cit., págs. 153-167, en las que añade a ellos las “cláusulas generales, residuales o de remisión, [...] que operan tipificando como infracción el incumplimiento de mandatos presentes bien en la misma norma tipificadora bien en otras distintas”. Según la S.T.C. 219/1989, de 21 de diciembre, F.J. 5º, no vulnera la exigencia de *lex certa* “la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión”, un reenvío que, en su caso, deberá entenderse hecho a los deberes de los empleados públicos tal como aparecen en el E.B.E.P., pues según la S.T.C. 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 10º.a), “las reglas en las que se configuran ‘obligaciones’ y ‘prohibiciones’ sancionables [...] deberán contener –para asegurar,

Sobre este particular podemos tomar, completando la jurisprudencia ya citada, la S.T.C. 166/2012, de 1 de octubre, F.J. 5º, según la cual

“En relación con la vertiente material de este derecho, hemos puesto de relieve que ‘la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo **poder de apreciación por parte de los órganos administrativos** a la hora de imponer una sanción concreta’, pero **en modo alguno** cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa, ‘ya que ello equivaldría a una **simple habilitación en blanco a la Administración** por norma legal vacía de contenido material propio’ (S.T.C. 113/2002, de 9 de mayo, F.J. 6º). Consecuentemente, el **artículo 25.1 C.E. limita**, no ya el ejercicio administrativo de la **discrecionalidad**, sino su atribución misma por parte del legislador. En particular, para el caso de leyes que remiten la **calificación** de las infracciones como leves, graves o muy graves a un órgano administrativo, hemos declarado: ‘la **graduación** de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el **principio de taxatividad** en cuanto que no garantiza mínimamente la **seguridad jurídica** de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa’ (S.T.C. 252/2006, de 25 de julio, F.J. 4º, que remite a la S.T.C. 100/2003, de 2 de julio)”.

A modo de colofón, hemos de destacar que la recepción de estos principios en el E.B.E.P. se corresponde con lo que la Ley 30/1992 viene a establecer al abordar la regulación de la potestad sancionadora general de las Administraciones Públicas. En tanto que el art. 127.1 de esa Ley, antes transcrito, proclama el principio de legalidad de las infracciones y sanciones, el art. 129.3<sup>217</sup> fija cuál ha de ser el papel del reglamento en la “**predeterminación normativa**” de las mismas, consagrándose con ello el carácter complementario y especificativo de los reglamentos en relación con las Leyes, pues, de acuerdo con el principio de tipicidad, a éstas reservan los aps. 1 y 2 del art. 129, respectivamente, la previsión de las vulneraciones del ordenamiento jurídico que hayan de constituir infracciones<sup>218</sup> y la delimitación de las sanciones<sup>219</sup>. Llamamos la

---

precisamente, estas exigencias de seguridad y certeza— una referencia expresa al precepto legal [...] en cuya virtud aquellos imperativos serán, caso de contravención, calificados de infracción leve y en cuanto tales sancionados”.

<sup>217</sup> “Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”.

<sup>218</sup> “Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”, inciso éste añadido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre.

<sup>219</sup> “Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley”. La garantía de su tipificación, “aun pudiendo salvarse

atención sobre ese entrecomillado que, tomado de la jurisprudencia constitucional reproducida, es la utilizada por el art. 94.2.a) del E.B.E.P. para definir estos principios, lo cual da a entender que el legislador de 2007 ha querido, de alguna forma, “blindar” la plasmación legal de los mismos por medio de la copia literal de la expresión empleada por las Sentencias que han delineado su significado en el Derecho sancionador.

Del mencionado art. 129.3 de la Ley 30/1992, en un juicio plenamente aplicable a este precepto del E.B.E.P., “se deduce una clara idea de embridar la posible remisión reglamentaria [...]. El aspecto de mayor interés está en constatar que el art. 129.3 se dirige a la potestad reglamentaria, a lo que ésta puede hacer. Pero, al contrario, esto no puede entenderse en el sentido de que el legislador pueda dictar sus normas de tal forma que precisen una más ‘correcta identificación de las conductas’ o una ‘más precisa determinación de las sanciones’. Para que esto pueda ser así será necesaria una justificación objetiva, razonable, que aconseje esta forma de legislar. En caso contrario habría que entender que el artículo 129.3 abre un espacio excesivamente amplio a la potestad reglamentaria, difícilmente cohonestable con el artículo 25.1 de la C.E. y la doctrina del T.C.”<sup>220</sup>.

En el ejercicio de la potestad disciplinaria, estas cautelas han de ser, si cabe, aún más extremadas, sobre todo al tratarse de un campo que, por los rasgos característicos que ya conocemos, ha estado particularmente abonado a la relajación de las garantías material y formal, aquí estudiadas, en que se desenvuelve el principio de legalidad. En especial, si la intervención del reglamento, “aun mínimamente, supone un complemento innovador de las previsiones de la ley”, esa norma subordinada ha de estar llamada “a cumplir una relevante función: reducir los márgenes de discrecionalidad de la ley y, en consecuencia, fortalecer la seguridad jurídica”<sup>221</sup>.

Apuntando de nuevo a la otra dimensión –la formal–, singularizaremos aquí una tendencia novedosa en la jurisprudencia del T.C. En el F.J. 3º de la S.T.C. 104/2009 se afirma que

“sobre la **reserva formal de ley** que se deriva del art. 25.1 C.E. conviene precisar, como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestra S.T.C. 3/1988, de 21

---

genéricamente a través de una atribución implícita, resulta inoperativa si no hay una determinación legal expresa de los alcances de la sanción” (NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 314).

<sup>220</sup> LASAGABASTER HERRARTE, op. cit., págs. 262-263.

<sup>221</sup> MARINA JALVO, op. cit., pág. 136, siendo una idea que reitera en págs. 151-152.



de enero, [...], y hemos reiterado posteriormente (Ss.T.C. 101/1988, de 8 de junio, F.J. 3º; 113/2002, de 9 de mayo, F.J. 3º; 26/2005, de 14 de febrero, F.J. 3º; y 229/2007, de 5 de noviembre, F.J. 2º), que ‘el alcance de esa reserva de ley ‘no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al **modelo constitucional de distribución de las potestades públicas**, bien por el **carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias** (S.T.C. 2/1987, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (S.T.C. 87/1985, de 16 de julio) o materiales’”.

Concluye esa Sentencia que

“El mandato del art. 25.1 determina la **necesaria cobertura** de la potestad sancionadora de la Administración en una **norma de rango legal**, pero no excluye que esa norma contenga **remisiones a normas reglamentarias**, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer”.

La colaboración reglamentaria puede haber encontrado, con todo, un límite nítido en resoluciones más recientes. De ellas sería ejemplo la S.T.C. 35/2010, de 19 de julio, que apunta a la proscripción de “una norma reglamentaria... carente de cobertura legal suficiente”, limitando la potestad reglamentaria ejecutiva en el Derecho sancionador, con una doctrina cuya transposición al disciplinario debería considerarse con el máximo interés, dado que se refiere, en conexión con el siguiente principio que examinaremos aquí, a normas legales preconstitucionales, como son algunas de las que han conformado el área aquí estudiada hasta la entrada en vigor del E.B.E.P. Según dicha Sentencia,

“en relación con el posible sustento de la constitucionalidad de la sanción en **normativa preconstitucional** [...], la S.T.C. 77/2006 vuelve a remitirse a la 297/2005, cuyo fundamento jurídico 8 establece que ‘el **principio de tipicidad** exige que la **Administración sancionadora** precise de manera suficiente y correcta, a la hora de dictar cada acto sancionador, cuál es el **tipo infractor** con base en el que se impone la sanción, sin que corresponda a los órganos de la jurisdicción ordinaria ni a este Tribunal buscar una cobertura legal al tipo infractor o, mucho menos, encontrar un tipo sancionador alternativo al aplicado de manera eventualmente incorrecta por la Administración sancionadora’”.

Cabría, por ello, que nos preguntáramos si a partir de esta doctrina podría todavía seguir sosteniéndose una cierta modulación de los principios rectores de la potestad disciplinaria en su vertiente de derechos fundamentales. Ello teniendo presente que ya la S.T.C. 151/1997, de 29 de septiembre, rechazó la inconstitucionalidad de los

arts. 7 y 8 del R.R.D.F.A.E., en los que se transcribían normas preconstitucionales a las que no era exigible la reserva de ley o que tipificaban incumplimientos de deberes objeto de regulación legal; y que se ha llegado a admitir una cierta flexibilidad del principio de tipicidad mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados<sup>222</sup>, remisiones, cláusulas de cierre, etc., sin merma de la seguridad jurídica en cuanto previsibilidad de las consecuencias de la conducta infractora<sup>223</sup>.

La línea abierta por la S.T.C. 35/2010 para el Derecho sancionador general no ha hallado, empero, el deseable reflejo explícito y la traslación a la potestad aquí analizada, aunque no sería audaz postular una evolución futura en ese sentido. Ya la propia Sentencia es tan tajante como para afirmar que la remisión a normas preconstitucionales “implica la inexistencia de un **contenido material eficaz mínimo** que pueda sustentar la legalidad de la sanción a los efectos de la vertiente material del principio de legalidad, en los términos que recientemente recuerda la S.T.C. 104/2009, de 4 de mayo, ...”.

Entresacando otros párrafos de la misma, el corolario de lo anterior vendría con la negación del apoyo de la vigencia de las normas anteriores a la C.E. en el principio de seguridad jurídica de su art. 9.3, basada en la S.T.C. 52/2003: de las “**necesidades de continuidad del ordenamiento**” se dice que “si por un lado han de ponderarse restrictivamente en todo caso, como **supuesto limitativo** que son de un **derecho fundamental**, por el otro se ven matizadas progresivamente conforme avanzamos en nuestro tiempo, el de la **vigencia de la Constitución**”. El precepto infralegal, en el supuesto resuelto por la S.T.C. 35/2010, “hace perdurar en el presente un sistema de producción de normas sancionadoras contrario al art. 25.1 C.E.”: de ahí que “conforme a la doctrina más arriba expuesta, tengamos que concluir que dicho precepto reglamentario carece del fundamento de legalidad mínimo en el que la Administración pueda justificar constitucionalmente el ejercicio de su potestad sancionadora”.

Sólo la S.T.C. 21/2010, de 27 abril, ha proscrito el ejercicio de la potestad disciplinaria basándose en una disposición que, por carecer de la menor apoyatura en una norma con rango de ley, puede llegar a calificarse de reglamento independiente.

<sup>222</sup> “El uso de estos conceptos, por parte de la Ley, lejos de ser una relajación del principio de tipicidad, constituye un instrumento común en aquellos sectores de la realidad social en que la densidad normativa y la diversidad de actividades hacen absolutamente imposible un mayor pormenor [...]. La ‘*necesaria adaptación*’ de estos principios al campo de la potestad disciplinaria se traducirá frecuentemente en el obligado y concurrente uso” de dichos conceptos, afirma LÓPEZ BENÍTEZ, op. cit., págs. 326-327.

<sup>223</sup> Para una explicación de esta doctrina, véase SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, op. cit., págs. 303-304.

Según esta Sentencia, recogiendo jurisprudencia anterior que sigue la sentada en la S.T.C. 151/1997, si bien

“no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones [sancionadoras] respecto de las cuales esa exigencia formal no existía de acuerdo con el Derecho anterior’, tampoco lo es, ‘a partir de la **Constitución**, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté predeterminado o delimitado por otra de **rango legal**’ [...]. Finalmente [...], hemos precisado asimismo (últimamente por todas, Ss.T.C. 229/2007, de 5 de noviembre y 113/2008, de 29 de septiembre) que ‘el **derecho fundamental a la legalidad sancionadora** (art. 25.1 C.E.), en relación con el principio de **seguridad jurídica** también garantizado constitucionalmente (art. 9.3 C.E.), exige que cuando la **Administración** ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los arts. 54.1.a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el **fundamento legal** de la sanción”<sup>224</sup>.

Constatada la ausencia de predeterminación en una norma con rango de ley, en la que pudiera fundarse la imposición de la sanción, la S.T.C. 21/2010 es concluyente al afirmar que “aun cuando se aceptara dialécticamente” que la sanción fuera simple especificación de la más grave prevista en la norma reglamentaria preconstitucional,

“dicha tesis debiera ser igualmente rechazada. En este caso porque semejante hipótesis obligaría a admitir el **resultado indeseable** y perverso, según este Tribunal ha advertido en repetidas ocasiones (por todas, Ss.T.C. 117/1995, de 17 de julio, F.J. 3º; y 50/2003, de 17 de marzo; F.J. 4º) de **perpetuar un cuadro sancionador preconstitucional** huérfano de la necesaria cobertura legal y, por tanto, en pugna con el principio de reserva de ley en materia sancionadora”.

Partiendo de una noción de la seguridad jurídica muy distante de la que propugna el mantenimiento de la vigencia de normas a las que no eran estrictamente

<sup>224</sup> La S.T.C. 161/2003, de 15 de septiembre, lo justifica en que “Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona”, añadiendo que “Desde la perspectiva del reparto de poderes entre la Administración y los órganos judiciales, [...] es a la Administración a la que está atribuida la competencia sancionadora y [...] a los órganos judiciales corresponde controlar la legalidad del ejercicio de esas competencias por la Administración. No es función de los jueces y tribunales reconstruir la sanción impuesta por la Administración sin fundamento legal expreso o razonablemente deducible mediante la búsqueda de oficio de preceptos legales bajo los que puedan subsumirse los hechos declarados probados por la Administración”, a la que corresponde “la completa realización del primer proceso de aplicación de la norma [...], lo que implica la completa realización del denominado silogismo de determinación de la consecuencia jurídica: constatación de los hechos, interpretación del supuesto de hecho de la norma, subsunción de los hechos en el supuesto de hecho normativo y determinación de la consecuencia jurídica. El órgano judicial [...] no puede llevar a cabo por sí mismo la subsunción bajo preceptos legales encontrados por él, y que la Administración no había identificado expresa o tácitamente, con el objeto de mantener la sanción impuesta tras su declaración de conformidad a Derecho. De esta forma, el juez no revisaría la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora sino que, más bien, lo completaría”.

exigibles los requisitos constitucionales, todo lo anterior implica el reconocimiento, por el T.C., de la aplicación extensiva de los principios del Derecho sancionador general al disciplinario, en coincidencia con lo aquí defendido.

Con mayor amplitud, cabe registrar la S.T.C. 144/2011, de 26 de septiembre, F.J. 4º, que recoge y continúa la doctrina de la S.T.C. 35/2010, en un sentido que sería susceptible de extensión al Derecho disciplinario de los empleados públicos:

“También debe tenerse en cuenta, como este Tribunal ha dejado sentado expresamente, [...] ‘que el **principio de legalidad**, que se traduce en la reserva absoluta de ley, **no incide** en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho **con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada**, aun cuando las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por leyes preconstitucionales, incompatibles con el art. 25.1 C.E., deben entenderse caducadas por derogación desde la entrada en vigor de ésta (Ss.T.C. 11/1981, de 8 de abril, F.J. 5º; 15/1981, de 7 de mayo, F.J. 7º; y 101/1988, de 8 de junio, F.J. 4º) y no cabe, a partir de la **Constitución**, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones, o alterar el cuadro de las existentes mediante una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado por otra norma de **rango legal** (S.T.C. 6/1994, de 17 de enero, F.J. 2º), con la estricta **excepción** [...] del supuesto en que una norma reglamentaria sancionadora constituya una 'reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas' [...]. Fuera de esta excepción, permitir que se actualicen las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, por la misma vía reglamentaria, supone **alterar el sistema constitucional de producción de normas jurídicas** (S.T.C. 177/1992, de 2 de noviembre) [...]. La pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como valladar infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía [...], hasta el punto de vedar incluso la viabilidad de un reglamento posterior a la Constitución que se redujera a reproducir el contenido de la regulación anterior (S.T.C. 305/1993, de 25 de octubre). En caso contrario se produciría el **efecto perverso de mantener *ad calendas graecas* después de la Constitución infracciones que [...] carecen de la necesaria cobertura legal** (Ss.T.C. 45/1994, de 15 de febrero, y 117/1995, de 17 de julio)”.

- **b) Irretroactividad** de las disposiciones sancionadoras no favorables, deducible de los arts. 9.3<sup>225</sup> y 25.1 de la C.E. y, con respecto a la potestad sancionadora general, correlativa al art. 128.1 de la Ley 30/1992, en virtud del cual “*Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los*

<sup>225</sup> Según este precepto, “La Constitución garantiza ... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, ateniéndonos aquí al primero de los supuestos aunque la imposición de una sanción siempre puede suponer una especie cualificada de la limitación o ablación de derechos subjetivos, en este caso de la persona sobre la que se ejerce la potestad disciplinaria: así puede desprenderse de SANTAMARÍA PASTOR, op. cit., págs. 200-202; sin embargo, individualizan las potestades ablatorias como una especie distinta GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...II*, op. cit., págs. 124-128, incluyéndose en ellas el comiso como medida accesoria de la imposición de una sanción administrativa.

*hechos que constituyan infracción administrativa*”. Con ello queda claramente delimitada la dimensión temporal de estas normas y, asimismo, de las que tipifican infracciones y sanciones disciplinarias: esto es y como ya señaló la temprana S.T.C. 8/1981, de 30 de marzo, F.J. 3º,

“que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar **vigente** en el **momento** de producirse la **acción u omisión**. En virtud de este art. 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el **derecho fundamental**, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)”.

De las tres exigencias que se mencionaban como proyección del principio de legalidad sancionadora, estamos, pues, ante la de *lex praevia*, tal como fue definida por la S.T.C. 95/1992, de 11 de junio, F.J. 3º:

“En la S.T.C. 196/1991 [...], recordaba este Tribunal su reiterada doctrina de que el art. 25.1 de la C.E., visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un **derecho fundamental a la predeterminación normativa** de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa *ex ante* el **supuesto de hecho** al que anuda la **sanción**, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente”.

Todo ello “conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tipificadora”, en estrecha conexión, asimismo, con el principio de seguridad jurídica. Como ha recordado la S.T.C. 114/2012, de 24 de mayo, F.J. 3º,

“la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el art. 25.1 C.E. tiene como **presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal** a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor (por todas, Ss.T.C. 21/1993, de 18 de enero, F.J. 4º; 43/1997, de 10 de marzo, F.J. 5º; 20/2003, de 20 de febrero, F.J. 4º; y 116/2007, de 21 de mayo, F.J. 9º)”.

El T.C. ha llevado este principio hasta el extremo de no aceptar la cobertura legal *ex post facto* a disposiciones reglamentarias sancionadoras<sup>226</sup>, merced a las cuales se habían impuesto sanciones por infracciones cometidas con anterioridad a la vigencia

<sup>226</sup> Para MARINA JALVO, la “interdicción de retroactividad de las normas reglamentarias no favorables” se apoya “en dos argumentos fundamentales; por un lado, el artículo 2 del Código Civil, que refiere la retroactividad únicamente a las leyes y, por otro, el artículo 57.3 de la L.R.J.P.A.C. [Ley 30/1992], que con carácter excepcional otorga eficacia retroactiva a los actos administrativos cuando produzcan efectos favorables al interesado”, citándose igualmente el art. 62.2 de la misma Ley 30/1992, que establece la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (op. cit., págs. 176-177). No obstante, entendemos que éstos son argumentos de legalidad, siendo aquí suficientes los de constitucionalidad que hemos desgranado *supra*.

de la propia ley, cuando acudiendo a tal cobertura se pretendía “subsana el vicio previo causante de la vulneración del art. 25.1 C.E.” (S.T.C. 45/1994, de 15 de febrero, F.J. 1º).

Lo anterior se completa con el principio de retroactividad de las disposiciones favorables al presunto infractor, en consonancia con lo dispuesto, igualmente, por el art. 9.3 de la C.E. en punto a este mismo principio y también al de seguridad jurídica, así como por el art. 128.2 de la Ley 30/1992: “*Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*”.

Ya la S.T.C. 8/1981, de 30 de marzo, F.J. 3º, en doctrina seguida por la S.T.C. 15/1981, de 7 de mayo, F.J. 1º, dedujo tal consecuencia<sup>227</sup> interpretando *a sensu contrario* el art. 9.3 de la C.E.<sup>228</sup>; no obstante lo cual, en la materia que nos ocupa y para despejar cualquier duda, el art. 94.2.b) del E.B.E.P. se ocupa de proclamar igualmente la “retroactividad de las [disposiciones] favorables al presunto infractor”, esto es, “sólo alcanza a los hechos sobre los que todavía no se ha realizado un pronunciamiento firme”<sup>229</sup>. Por lo demás, las S.S.T.C. 131/1986, de 29 de octubre, F.J. 2º; y 75/2002, de 8 de abril, F.J. 4º, han condicionado esta retroactividad, declarando la primera de ellas que el principio

“supone la **aplicación íntegra de la ley más beneficiosa**, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el **resultado final**, como es obvio, suponga **beneficio para el reo**, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva. **No es aceptable** [...] utilizar el referido principio para **elegir**, de las dos leyes concurrentes, las **disposiciones parcialmente más ventajosas**, pues

<sup>227</sup> “Sin embargo”, dice la S.T.C. 8/1981, aunque más bien cabría decir “por tanto”, el art. 9.3 –cuyos principios, se señala, son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial al legislador– no define por sí mismo “derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal”. Se añade seguidamente que “del análisis del art. 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente”. La S.T.C. 237/1993, de 12 de julio, F.J. 2º, insiste en que la aplicación del principio “no puede ser enjuiciada por este Tribunal a no ser que, a través de ella, se haya vulnerado alguno de los derechos susceptibles de amparo”.

<sup>228</sup> Para MARINA JALVO, el recurso al argumento *sensu contrario* “choca con el ejemplo ofrecido por la casi totalidad de los textos nacionales e internacionales que hacen mención separada a la irretroactividad de las normas desfavorables y, en su caso, a la retroactividad de las más benignas”, recordando la doctrina y la jurisprudencia según las cuales no puede deducirse esa consecuencia del art. 9.3 de la C.E., por lo que la observancia de la garantía de retroactividad “constituye una cuestión de legalidad ordinaria”. Con todo, esta autora hace derivar tal regla en razones de libertad e igualdad, que son genuinamente constitucionales (ibídem, págs. 179-180).

<sup>229</sup> NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 203. MARINA JALVO recuerda que “las sanciones disciplinarias perduran en el tiempo”, por lo que considera “conveniente seguir manteniendo la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma más favorable al menos hasta la fase de impugnación judicial” de la sanción, a la vez que defiende la aplicación retroactiva de las disposiciones reglamentarias más favorables (op. cit., págs. 181-182).

en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 de la C.E., sino creando con fragmentos de ambas leyes **una tercera y distinta norma legal** con invasión de funciones legislativas que no le competen”.

En coherencia con lo anterior, hallamos otra manifestación de este principio en los procesos que se siguen ante la jurisdicción constitucional, y en particular en los de control de constitucionalidad de las leyes; así, dispone el art. 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, L.O.T.C.), que:

*“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.*

El Alto Tribunal ha relacionado esta norma con “el derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 C.E.”, además de con las garantías del art. 24.2, declarando la S.T.C. 39/2011, de 31 de marzo, F.J. 5º, que

“cuando está en juego la exclusión de una sanción administrativa, la **Sentencia de este Tribunal tiene efectos** incluso sobre las **situaciones jurídicas declaradas por Sentencia con fuerza de cosa juzgada** [en este sentido se pronuncian, ‘a contrario’, las Ss.T.C. 145/1988, de 12 de julio, F.J. 9º; 55/1990, de 28 de marzo, F.J. 8º; 159/1997, de 2 de octubre, F.J. 7º.b); 183/1997, de 28 de octubre, F.J. 4º]. Y procede recordar que, como señalamos en la S.T.C. 150/1997, de 29 de septiembre, la ‘retroactividad establecida en el art. 40.1, *in fine*, de la L.O.T.C. supone una **excepción *in bonum*** a lo prevenido, en términos aparentemente absolutos, por el art. 161.1.a) C.E. (‘la Sentencia o Sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada’) [que] tiene su fundamento inequívoco, como no podía ser de otro modo, en la misma Constitución y, precisamente, en el art. 25.1 que impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de **normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional**’ (F.J. 5º)”.

- **c) Proporcionalidad**, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación: si en lo primero la división convencional ha venido estableciéndose en las categorías de faltas muy graves, graves y leves<sup>230</sup> (art. 95.1 del

<sup>230</sup> El art. 129.1 de la Ley 30/1992 establece con carácter general esta clasificación para las infracciones administrativas, lo que, siendo una división convencional en el plano teórico, se ha extendido en toda la legislación del Estado y de las CC.AA., a la hora de abordar el régimen sancionador en una determinada materia o sector del ordenamiento jurídico.

E.B.E.P., lo que desarrollan los siguientes apartados del mismo precepto), en lo segundo rigen unos criterios de graduación en la imposición de las sanciones, que el E.B.E.P., para las tipificadas en su art. 96.1, establece en el art. 96.3: *“El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación”*.

Es éste un principio que, ligado al de necesidad de la coacción sancionadora, así como al de intervención mínima y otros conexos que lo concretan, “persigue la debida congruencia o correspondencia entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida en atención a las circunstancias personales del infractor, las objetivas de la actividad desarrollada y la entidad de la infracción”, y “también cabe denominarlo *principio de prohibición del exceso* que se proyecta tanto sobre la conminación penal abstracta de la pena como sobre la aplicación de su correcta intervención”<sup>231</sup>. O como recuerda NIETO GARCÍA: “el principio opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de la aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas. Siendo aquí de subrayar la omnipresencia, por así decirlo, de este principio puesto que actúa en todas las fases o eslabones de la cadena sancionadora”, de manera que además de su exigibilidad en la norma, “la Administración tiene que ponderar la proporcionalidad de la sanción concreta que escoge dentro del repertorio que le ofrece la norma tipificante”, lo que “puede tener un indebido efecto ‘reduplicativo’”, si bien “estos criterios son ambivalentes en el sentido de que pueden servir tanto para agravar como para atenuar la sanción”<sup>232</sup>.

El principio de proporcionalidad carece de recepción expresa en el texto constitucional, si bien ello no impide el reconocimiento de su vínculo con los principios

<sup>231</sup> LORENZO DE MEMBIELA, “Régimen disciplinario...”, op. cit., pág. 141.

<sup>232</sup> Op. cit., pág. 515. En consecuencia, “la graduación proporcional de las sanciones presupone la existencia de un margen de decisión que opere, aunque con intensidad suficiente, en todos los niveles [...]; porque la discrecionalidad aplicativa es el complemento imprescindible de la proporcionalidad ya que cuando la ley no atribuye automáticamente una sanción concreta a una infracción, se pone en marcha la facultad discrecional de la Administración” (ibídem, pág. 519), si bien, añadimos nosotros, en todos los aspectos del ejercicio de la potestad disciplinaria ello debe observarse con la mayor cautela posible. Así lo ratifica el propio autor al recalcar que ese margen “está sujeto a dos tipos de límites”: la indicada proporcionalidad y la ausencia de “inhibición absoluta por parte de la norma” (ibídem, pág. 520), como es propio de las potestades discrecionales, que siempre contienen elementos reglados.



y valores del art. 1.1 de la C.E.<sup>233</sup> y con la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3) entendida como “razonabilidad de las decisiones de los poderes públicos”<sup>234</sup>; como tampoco obsta a su carácter *clásico* en el Derecho sancionador<sup>235</sup> en cuanto canon de interpretación de los derechos fundamentales tanto por la Administración como, en especial, por los órganos jurisdiccionales<sup>236</sup>. Así, el art. 131.1<sup>237</sup> de la Ley 30/1992 trae causa de la proscripción general de la imposición de penas privativas de libertad por la Administración civil ex art. 25.3<sup>238</sup> de la C.E., en tanto que el art. 131.2<sup>239</sup> efectúa otra interpretación de la proporcionalidad; y el art. 131.3 dispone que

<sup>233</sup> La S.T.C. 62/1982, de 15 de octubre, F.J. 5º, lo define como “un principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación”. Y la S.T.C. 65/1986, de 22 de mayo, partiendo de que no se trata de un derecho fundamental en sí, plantea en su F.J. 2º lo siguiente: “Problema distinto sería examinar si el principio de proporcionalidad de la pena pueda considerarse consagrado por otros preceptos constitucionales. Especialmente los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10) podrían invocarse como argumentos a favor de que nuestra Constitución consagre esa idea de proporcionalidad de la pena”.

<sup>234</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., pág. 16. Se incluye en ella la cita de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª ed. corregida, Civitas, Madrid, 2002, págs. 86-103.

<sup>235</sup> Para NIETO GARCÍA, éste y la prohibición de la analogía *in peius* pueden considerarse “elementos periféricos” del principio de legalidad sancionadora, en contraposición a los “esenciales e indiscutidos”, esto es, el “núcleo duro” del principio de legalidad, integrado por los expuestos hasta aquí junto con la prohibición del *bis in idem* (op. cit., pág. 180). MARINA JALVO matiza señalando que “este principio presenta algunas especialidades con respecto a otros supuestos de intervención en la esfera jurídica de los sujetos. Esas especialidades derivan de la diferencia del fin y de la naturaleza de la potestad ejercitada en cada caso”, si bien el principio “debe ser respetado en toda actividad administrativa que suponga una ingerencia [*sic*] en los derechos de los particulares” (op. cit., págs. 241-242).

<sup>236</sup> “Así pues, la Administración califica los hechos constitutivos de falta y aplica la sanción correspondiente, pero, esa potestad no es puramente discrecional, pues, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa controla *a posteriori* [...] si la calificación de la falta es la adecuada, si queda probado incuestionablemente que los funcionarios sancionados han incurrido en falta y si la sanción aplicada, en suma, es proporcional a la falta cometida, indicando, en caso contrario, la revocación de la sanción o su sustitución por la adecuada, según los casos”, añadiendo que “principio de proporcionalidad y predominio de la valoración ética en el Derecho Disciplinario no son principios que entren en colisión, sino que se armonizan perfectamente como complementarios en la doctrina del Tribunal Supremo” (PALOMAR OLMEDA, *Derecho...*, op. cit., págs. 665-666). Sobre la más reciente jurisprudencia y los criterios de razonabilidad que emplea, rebasando incluso la esfera estrictamente jurídica, vid. NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 529-531. Se han mencionado también los riesgos que derivan de la aplicación de este principio, como la posible afección a los principios de igualdad (arts. 14 y 23.2 de la C.E.) y de seguridad jurídica (art. 9.3), dado “un evidente riesgo de subjetividad, en la medida en que los criterios a través de los que se actúa la exigencia de proporcionalidad no delimitan claramente la barrera entre el control de legalidad y el control de oportunidad, lo que permite que aquella pueda ser cruzada fácilmente” (MARINA JALVO, op. cit., págs. 255-258).

<sup>237</sup> “Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad”.

<sup>238</sup> “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

<sup>239</sup> “El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.

*“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*

*a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*

*b) La naturaleza de los perjuicios causados.*

*c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.*

La jurisprudencia constitucional más reciente sobre este principio viene constituida por la serie de Sentencias de los años 2008 a 2010 que se han ocupado de él con ocasión de algunas reformas<sup>240</sup> operadas en el C.P. y como consecuencia de su aplicación por los Tribunales ordinarios; tampoco parece ocioso recordar que, estando situado su origen en el Derecho penal, no puede pasarse por alto su eventual aplicación al régimen disciplinario de los empleados públicos, con las modulaciones que este campo acepte y exija. En particular, tomamos como ejemplo la S.T.C. 60/2010, de 7 de octubre<sup>241</sup>, la cual, con cita de algunas de esas Sentencias, como las Ss.T.C. 59/2008, de 14 de mayo, y 127/2009, de 26 de mayo, ha hecho partir el control de proporcionalidad de las normas penales de dos consideraciones:

- Así, la primera de ellas

“se refiere al **alcance de nuestro enjuiciamiento**, que [...] resulta limitado por el reconocimiento ‘en esta sede de la **potestad exclusiva del legislador** para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo’, y que en esta configuración, que supone ‘un complejo juicio de oportunidad’, el legislador goza de un **amplio margen de libertad**. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional ‘debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho’. En términos semejantes nos hemos pronunciado, más en concreto, a propósito del control de proporcionalidad realizado en el marco del **principio de igualdad**, que también ‘ha de ser de ‘contenido mínimo’, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas [...]’, de

<sup>240</sup> En particular, las resultantes de las LL.OO. 15/2003, de 25 de noviembre, sobre el art. 57.2 del C.P.; y 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sobre los arts. 153.1, 171.4, 172.2 ó 173.

<sup>241</sup> También pueden verse otras en esa línea, como las Ss.T.C. 77/2010, de 19 de octubre; 79/2010, de 26 de octubre; 81 a 86/2010, de 3 de noviembre; ó 115 a 119/2010, de 24 de noviembre.

manera que '[s]ólo concurrirá una **desproporción constitucionalmente reproachable** ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un '**desequilibrio patente y excesivo o irrazonable** ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”.

En efecto, después de una doctrina inicialmente reacia a reconocer la existencia de un derecho fundamental a la “proporcionalidad abstracta” (en la S.T.C. 65/1986, de 22 de mayo<sup>242</sup>), este principio ha encontrado su vínculo con el de interdicción de la arbitrariedad: la libertad del legislador tiene su límite en la razonabilidad de su actuación, de forma que el resultado final no repugne a los valores constitucionales esenciales que latén en ambos principios, en conexión con el de igualdad. Continúa el Tribunal en una doctrina que entendemos susceptible de traslado al Derecho sancionador y disciplinario:

“Siendo ello así, en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse a continuación, con otra perspectiva, que la propia **Constitución**, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla **límites más exigentes** en el caso de las **normas penales** que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al **alcance de los efectos** que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la **restricción** de los **principios constitucionales** y, en particular, de los **derechos y libertades** reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera”<sup>243</sup>.

La traslación de estos parámetros de control al Derecho disciplinario se hace posible, por tanto, siempre y cuando se tengan presentes las diferencias fundamentales que guarda con el penal, especialmente las existentes entre sanciones y penas. No olvidemos –y esto es básico a la hora de establecer esa distinción– que la prohibición de las penas privativas de libertad en el ámbito de la Administración civil, ex art. 25.3 de la C.E., hace mucho menos intensa la posible limitación de los derechos fundamentales

<sup>242</sup> Según cuyo F.J. 3º “En principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena [...] con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce [...] del art. 117 de la Constitución. Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito”.

<sup>243</sup> La S.T.C. 150/1991, de 4 de julio, F.J. 4º, fijaba los parámetros del control de la proporcionalidad en la actividad del legislador, “tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes”, en “el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella”.

con la imposición de una sanción disciplinaria, cualquiera que fuera, que con una de carácter penal que implicara esa privación; pero tampoco puede pasarse por alto que, con carácter general, las penas que consisten en privación de otros derechos también suelen incidir en la esfera de los derechos subjetivos del individuo de manera bastante más acusada que las sanciones administrativas en general y disciplinarias en particular<sup>244</sup>. Ello no debe ser obstáculo, con todo, para ahondar en la eventual extensión de esa doctrina al *locus* normativo que aquí nos ocupa, erigiéndose entonces en elemento delimitador, al tiempo que legitimador, de la potestad disciplinaria de los entes públicos, y no solamente de las Administraciones Públicas en sentido estricto.

- Sobre esta base, la S.T.C. 60/2010 prosigue con la otra consideración:

“La segunda observación preliminar aludida se refiere al **sentido y fundamento del control de la proporcionalidad** de las normas penales. Un presupuesto lógico de la aplicación del principio de proporcionalidad es la identificación de los **principios constitucionales** que se ven **limitados** por obra de la medida impugnada y cuya constitucionalidad es objeto de controversia. Así lo hemos reiterado en nuestra doctrina, [...] en la que advertíamos que ‘el principio de proporcionalidad **no constituye** en nuestro ordenamiento constitucional **un canon de constitucionalidad autónomo** cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales ... Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la **desproporción** suponga **vulneración de estos preceptos** cabrá declarar la **inconstitucionalidad**’”.

Aquí se trae a colación la caracterización general del principio de proporcionalidad en cuanto modulador de las limitaciones que se impongan a los derechos fundamentales –en nuestro caso, los de los empleados públicos–, las cuales han de ser objeto de interpretación restrictiva: si ello se desprendía ya de las Ss.T.C. 159/1986, de 16 diciembre, y 254/1988, de 21 de diciembre, entre otras<sup>245</sup>, su concreta proyección en el terreno de las sanciones penales –y, en lo que aquí nos importa, de las

<sup>244</sup> Pueden compararse las penas de los arts. 39 a 50 del C.P. con las sanciones del art. 96.1 del E.B.E.P., si bien parece claro que el origen de la diferencia radica en la distinta gravedad de la lesión a los bienes jurídicos respectivamente protegidos. En torno a esto y sobre la eventual coincidencia de la tipificación de una conducta como delito y como infracción disciplinaria volveremos al tratar del principio *non bis in idem*.

<sup>245</sup> Son las Sentencias “de cabecera” citadas por PRESNO LINERA para fundamentar lo que, junto a la eficacia irradiante de los derechos fundamentales –que veremos más adelante–, llama “efecto recíproco” de los mismos, esto es, el que “se produce entre los derechos fundamentales y las leyes que disciplinan su ejercicio o los desarrollan, generándose así un régimen de concurrencia normativa” con la consecuencia de esa fuerza expansiva del derecho y restrictiva de las limitaciones sobre los mismos (“La estructura de las normas de derechos fundamentales”, en VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 54).

administrativas disciplinarias—, con esa negación de una supuesta naturaleza autónoma, venía declarada por otras resoluciones, como las Ss.T.C. 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre; ó 136/1999, de 20 de julio.

“Este planteamiento”, continúa la S.T.C. 60/2010 confirmando lo anterior, “es, por lo demás, coherente con la función institucional del **principio de proporcionalidad** que, como es conocido, opera como **presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales** y, más concretamente, como límite de las **normas y actos que limitan los derechos fundamentales**, de ahí que sea en las disposiciones constitucionales que los reconocen donde debe encontrarse el fundamento normativo de este presupuesto de constitucionalidad de la ley. El de los derechos reconocidos en la Constitución es, en efecto, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad: ‘[a]sí ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la **desproporción** entre el **fin perseguido** y los **medios empleados** para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un **sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza**’”.

“De lo anterior”, dice la Sentencia, “se deriva que la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida [...] es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada”.

A ello se añadirá la comprobación del carácter constitucionalmente legítimo de los fines perseguidos con la norma sancionadora en atención a los bienes o intereses que se proponga preservar o perseguir, junto con la superación de los tres requisitos anudados a este principio, esto es, los de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que recuerda y enumera la misma S.T.C. 60/2010:

“En primer lugar, **la medida debe ser idónea o adecuada** para la consecución de los fines que persigue, o, según afirmamos en la S.T.C. 136/1999, de 20 de julio, la pena ha de ser ‘instrumentalmente apta para dicha persecución’ [...]. En segundo lugar, la medida debe ser también **necesaria**, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados [...] ‘para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador’ (loc. cit.). Y, finalmente, la medida debe ser **proporcionada en sentido estricto**, de modo que no concurra un ‘desequilibrio patente y excesivo o irrazonable’ (loc. cit.) entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro”.

En nuestro supuesto, la imposición de las sanciones disciplinarias por los entes y Administraciones Públicas a sus empleados deberá cumplir con este canon al fundarse

en bienes jurídicos legítimamente acreedores de tutela constitucional, una vez establecido normativamente el alcance de las sanciones por aplicación de los criterios del art. 96.3 del E.B.E.P. y sin perder de vista los del art. 131.3 de la Ley 30/1992. Y ello porque, además del enjuiciamiento abstracto de las normas sancionadoras, “es en la actividad de aplicación de las sanciones previstas [...] donde este principio despliega toda su potencialidad”, lo que se logra mediante “los criterios de graduación necesarios para que el resultado de proporcionalidad pueda ser alcanzado en la determinación de la sanción aplicable a cada caso. En el ámbito disciplinario, dichos criterios [...] debemos entenderlos referidos también a la graduación de las sanciones”<sup>246</sup>.

En suma, “de la norma sancionadora deriva un margen de indeterminación en cuanto a la sanción aplicable. La reducción de ese margen y la elección de la sanción concreta corresponde a la Administración [...]. Este principio reclama la necesidad de que la sanción resulte adecuada a las circunstancias objetivas y subjetivas del caso concreto, tanto si éstas aparecen formuladas de forma expresa como en caso contrario”<sup>247</sup>. En este punto ya declaró la S.T.C. 154/1990, de 15 de octubre, F.J. 3º, que el principio

“exige mantener una **adecuación entre la gravedad** de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al **legislador** a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas **sanciones proporcionales** a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los **criterios de graduación**, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la **reacción punitiva** ha quedado **agotada**. Dicha reacción ha tenido que estar en **armonía o consonancia** con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como ‘autosuficiente’ desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una **reacción excesiva del ordenamiento jurídico** al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido”.

Estas consideraciones, nacidas en la interpretación y aplicación del Derecho penal, son susceptibles de extensión al régimen disciplinario aquí estudiado. Deberá atenderse, pues, al cumplimiento del principio de proporcionalidad en su proyección sobre las sanciones que, en su caso, hayan de imponerse, esto es, en su carácter no simplemente informador, sino rector de la incidencia que las mismas pudieran tener sobre los derechos constitucionales del empleado o funcionario público a quien se incoe expediente por la comisión de una falta: ello servirá para atemperar el ejercicio de la

<sup>246</sup> MARINA JALVO, op. cit., págs. 246-247.

<sup>247</sup> Ibidem, pág. 248.

potestad disciplinaria, siempre controlada mediante la aplicación, administrativa o jurisdiccional, de dicho principio, en consonancia con los demás que examinamos aquí.

- **d) Culpabilidad:** en general, requiere la concurrencia de culpa, y desde luego de dolo, en la comisión de la falta, al igual que acontece con la responsabilidad criminal, siendo tal exigencia inherente a la caracterización del *ius puniendi* en el Estado de Derecho<sup>248</sup> e importada de la dogmática penal en su concepción y definición, así como de “la evolución jurisprudencial experimentada [...] dentro del campo del Derecho Administrativo al fijarlo expresamente como principio de la potestad disciplinaria”<sup>249</sup>. En suma, “si se sostiene, [...], como es hoy habitual, que la Constitución ya se ha pronunciado sobre el particular –y, además, en sentido afirmativo [...], es claro que todos los sectores del Derecho Administrativo Sancionador han de quedar substancialmente sujetos al mismo régimen”<sup>250</sup>.

Resume la doctrina sobre el principio la S.T.C. 59/2008, de 14 de mayo, de nuevo desde la óptica del Derecho penal:

“La **Constitución española** consagra sin duda el principio de culpabilidad como **principio estructural básico del Derecho penal**’ [S.T.C. 150/1991, de 4 de julio, F.J. 4º.a); también Ss.T.C. 44/1987, de 9 de abril, F.J. 2º; 150/1989, de 25 de septiembre, F.J. 3º; 246/1991, de 19 de diciembre, F.J. 2º] como derivación de la **dignidad de la persona** [S.T.C. 150/1991, F.J. 4º.b)], y que ello comporta que la **responsabilidad penal** es **personal**, por los hechos, y **subjetiva**: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede ‘imponerse al sujeto responsable del ilícito penal’ [S.T.C. 92/1997, de 8 de mayo, F.J. 3º; también, S.T.C. 146/1994, de 12 de mayo, F.J. 4º.b)]; ‘**no** sería constitucionalmente legítimo un **derecho penal ‘de autor’** que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos’ [S.T.C. 150/1991, F.J. 4º.a)]; y no cabe ‘la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la **conducta**

<sup>248</sup> “En cualquier caso, [...], el Tribunal Constitucional ha entendido que la Constitución consagra el principio de culpabilidad [Ss.T.C. 65/1986, 219/1988, 150/1991, 120/1994], pese a la falta de mención expresa”, ya que “La consagración constitucional del principio de culpabilidad puede hacerse derivar del principio del Estado de Derecho (artículo 1.1 de la C.E.) y de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1 de la C.E.” (ibídem, pág. 227). “En definitiva, la culpabilidad –con independencia del grado en que concurra– se considera un requisito esencial de la responsabilidad disciplinaria”, en conexión con la presunción de inocencia y con independencia de su virtualidad para la determinación de la gravedad de la falta y la graduación de las sanciones (ibídem, págs. 232-234).

<sup>249</sup> IVARS RUIZ y MANZANA LAGUARDA, op. cit., pág. 70. Con tal jurisprudencia “lo que se ha producido, lentamente, es una transmutación de los principios esenciales determinantes de la culpabilidad en el ámbito penal al ámbito sancionador administrativo y al disciplinario” (PALOMAR OLMEDA, *Derecho...*, op. cit., pág. 601), alejándose de la responsabilidad objetiva en esa evolución, que NIETO GARCÍA califica con la rúbrica “de la marginación de la culpabilidad a su exigencia”, y que discurre por estadios intermedios (op. cit., págs. 329-338).

<sup>250</sup> NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 320.

**diligente' del sujeto sancionado**, a si concurría 'dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia' [Ss.T.C. 76/1990, de 26 de abril, F.J. 4º.a); 164/2005, de 20 de junio, F.J. 6º], al 'elemento subjetivo de la culpa' (S.T.C. 246/1991, de 19 de diciembre, F.J. 2º)"<sup>251</sup>.

Esta doctrina había tenido origen, en buena medida, en la mencionada S.T.C. 76/1990, cuando, en relación con la Ley General Tributaria, su F.J. 4º.a) declaró que

"a diferencia de lo que ha ocurrido en el Código Penal, en el que se ha sustituido aquel término ['voluntarias'] por la expresión 'dolosas o culposas', en la L.G.T. se ha excluido cualquier adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de infracción tributaria. Pero ello no puede llevar a la **errónea conclusión de que se haya suprimido** en la configuración del ilícito tributario **el elemento subjetivo de la culpabilidad** para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro ordenamiento".

Y ello por contrario al art. 25.1 de la C.E. y también a la presunción de inocencia reconocida en su art. 24.2. Aunque, como recordó la también citada S.T.C. 150/1991, F.J. 4º.a),

"la **consagración constitucional de este principio** no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo", dado que "no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con **doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución**; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente".

De todo ello puede inferirse que el Tribunal ratifica la recepción del principio en la C.E., para su utilización como parámetro bajo su jurisdicción.

Por tanto, si el art. 5 del C.P. dispone, de manera categórica, que "*No hay pena sin dolo o imprudencia*", aquí rige igualmente la exigencia de alguna modalidad subjetiva de culpa que complete la tipicidad objetiva de los hechos cometidos, dando lugar a la responsabilidad personal que, en su caso, proceda. También conviene anotar aquí la proclamación expresa y directa de la culpabilidad en el art. 94.2.d) del E.B.E.P., en contraste con la Ley 30/1992, que en su art. 130 –referido al principio de responsabilidad–, sólo reconoce aquélla de manera lateral e indirecta. "En el Derecho

<sup>251</sup> Es decir, y siguiendo los parámetros del Derecho penal, la culpabilidad comprendería la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y la ausencia de causas de exculpación, y se desglosaría en los principios de personalidad de las sanciones, responsabilidad por el hecho, existencia de dolo o culpa y culpabilidad *stricto sensu*, esto es, posibilidad de atribución normal del hecho al sujeto activo, todos ellos concebidos como límites del *ius puniendi* del Estado (ibídem, pág. 323).



Administrativo Sancionador”, dice NIETO GARCÍA, “por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción. Así se establece con carácter general en el art. 131.3.a) L.P.A.C. —con el rótulo de *intencionalidad*—”<sup>252</sup>.

Con ello se distingue el ejercicio de la potestad disciplinaria del módulo exigible en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por daño o lesión consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 de la C.E. y Título X de la Ley 30/1992, arts. 139 a 146), la cual ha ido experimentando un proceso de progresiva *objetivación*, al igual que la responsabilidad civil. Ésta es la diferencia genuina de aquella potestad en cuanto manifestación de la sancionadora. Y adelantando lo que diremos sobre el *non bis in idem* y su plasmación en el art. 94.1 del E.B.E.P., hemos de destacar la compatibilidad entre la responsabilidad disciplinaria y la patrimonial del personal al servicio de los entes y Administraciones Públicas, de manera concordante con la regla del art. 130.2<sup>253</sup> de la misma Ley 30/1992 dentro de la potestad sancionadora y conectada con la vía de regreso que su art. 145, aps. 2<sup>254</sup> y 3<sup>255</sup>, prevé para el resarcimiento de las indemnizaciones que se hubieran debido satisfacer por esos

---

<sup>252</sup> Ibídem, pág. 340. Este autor es reacio al pleno reconocimiento de la culpabilidad, como se encarga de exponer en su obra y sobre la base de la ausencia de su proclamación, expresa o implícita, en la C.E.: “lo que parece evidente es que [...] el Derecho Administrativo Sancionador se está aproximando a la institución de la responsabilidad administrativa. [...] es el caso que la responsabilidad objetiva está llamando a las puertas del Derecho Administrativo Sancionador y que ya no se puede desconocer su inexistencia. [...] no se trata de prescindir de la culpabilidad con carácter general sino solamente en los supuestos excepcionales en los que por razones prácticas concretas sería muy difícil, cuando no imposible identificar al autor jurídico de la infracción, lo que supondría que ésta quedaría impune” (ibídem, págs. 424-425). Sin embargo, los propios presupuestos de la potestad disciplinaria y de su ejercicio sobre los empleados públicos hacen estas consideraciones de imposible aplicación al ámbito del que aquí tratamos.

<sup>253</sup> “Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente”.

<sup>254</sup> “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”.

<sup>255</sup> “Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves”.

entes y Administraciones a los particulares que hubieran sufrido daño o lesión en sus bienes y derechos, generadora de aquella responsabilidad patrimonial.

SÁNCHEZ MORÓN vincula este principio con el deber de diligencia cualificado de los empleados públicos, asentado sobre los arts. 52 y 54.2 del E.B.E.P.: “el funcionario que comete una falta disciplinaria puede ser responsable *aun a título de simple inobservancia*, como dispone para el derecho administrativo sancionador general [...] el artículo 130.1 L.R.J.P.A.C.”<sup>256</sup>, sin perjuicio de que el error invencible y el caso fortuito puedan considerarse causas de exclusión de la responsabilidad; como también el ejercicio legítimo de un derecho –fundamental o no, pero sobre todo si lo es–, que operará, en su caso, como causa de justificación<sup>257</sup> de la misma forma que en el art. 20.7º del C.P., tal como reconoció la S.T.C. 124/2005, de 23 de mayo, F.J. 3º:

“A ese respecto, este Tribunal ha venido reiterando desde muy temprana jurisprudencia que ‘la utilización de un derecho constitucional no puede nunca ser objeto de sanción’ (S.T.C. 11/1981, de 8 de abril, F.J. 22º) [...]. La **dimensión objetiva de los derechos fundamentales** y su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su **sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio**. Por ello, si el poder público prescinde de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental y se incluyen entre los **supuestos sancionables** conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al **ámbito objetivo** de ejercicio del mismo, se vulnera este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, **los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción** (por todas, S.T.C. 185/2003, de 27 de octubre, F.J. 5º). En este contexto, sin embargo, también ha destacado este Tribunal que cuando se alega la imposición de una sanción por el ejercicio de un derecho fundamental es necesario, previamente a cualquier otra consideración y especialmente a la de si su concreto ejercicio supuso o no una extralimitación del mismo, analizar si la conducta objeto de sanción puede encuadrarse en el **ámbito propio del derecho fundamental invocado**, lo que exige situar el primer análisis no en el ámbito de los límites externos al ejercicio del derecho, sino en el previo de la **delimitación de su contenido** (por todas, Ss.T.C. 127/2004, de 19 de julio, FJ 4; ó 185/2003, de 27 de octubre, F.J. 5º)”.

<sup>256</sup> SÁNCHEZ MORÓN, “Régimen...”, op. cit., pág. 545; y del mismo autor, *vid. Derecho...*, op. cit., pág. 309. Sobre la mera inobservancia como generadora de un peligro abstracto y la modulación que las “infracciones formales” comportan de este principio y de la presunción de inocencia, *vid.* las observaciones críticas de NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 325-326, 342-351 y 572-573.

<sup>257</sup> *Vid.* los ejemplos que cita NIETO GARCÍA para el Derecho sancionador (*ibidem*, págs. 505-506), después de lo cual trata brevemente la fuerza mayor y la confianza legítima, basada en la buena fe (*ibidem*, págs. 507-510). MARINA JALVO habla de “un mayor rigor [...] en la apreciación de las circunstancias atenuantes o eximentes”, no obstante lo cual deberán tenerse en cuenta “los supuestos de inimputabilidad, de inexigibilidad y de error de hecho o de derecho, siempre y cuando quede descartado que la creencia errónea no deriva del incumplimiento del deber de diligencia” (op. cit., págs. 235-236).

En lo que respecta al error y dada su ausencia en el E.B.E.P., nuevamente hemos de acudir, para determinar su relevancia en el Derecho sancionador, a la S.T.C. 76/1990, cuyo F.J. 4º.c) declaró que la falta de mención expresa del error de Derecho

“no es prueba [...] de la configuración de un régimen de responsabilidad objetiva ni de la inexistencia de esa causa de exención. Si no hay responsabilidad objetiva, **no es necesario que se haga constar expresamente el error de Derecho** como causa que exonere de dicha responsabilidad [...]. Precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una **previa conducta culpable**, es evidente que el error de Derecho –singularmente el error invencible– podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un **sistema de responsabilidad subjetiva**, pero su falta de contemplación expresa en la norma no constituye defecto de inconstitucionalidad”.

Con todo, en el campo aquí estudiado, deberá exigirse que el error, para producir ese efecto eximente o atenuante de la responsabilidad, sea invencible, ya que en todo caso jugará la presunción según la cual el empleado público –más aún: el funcionario– es consciente tanto de sus deberes, al tratarse de una parte de su estatuto jurídico que tiene la obligación de conocer, como del régimen disciplinario que puede serle de aplicación: ello puede llegar a determinar, en la mayor parte de los casos, el carácter vencible del error de Derecho o de prohibición. Todo ello nos remite, en fin, a la fundamentación ética de esos deberes y del Código de Conducta del E.B.E.P., de la que la exigencia de culpabilidad en el infractor es el necesario reverso.

- **e) Presunción de inocencia y procedimiento disciplinario:** aquél es el único de los principios procesales, a la vez que derechos fundamentales del art. 24.2 de la C.E., que aparece expresamente citado en el art. 94.2, de la misma forma que tiene reflejo explícito, para el procedimiento sancionador general, en el art. 137 de la Ley 30/1992, en especial en sus aps. 1 y 3:

*“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”.*

*“3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”.*

Esa “soledad” de la presunción de inocencia no obsta para propugnar la aplicabilidad de las demás garantías del art. 24 de la C.E. al procedimiento disciplinario: antes al contrario, dados su rango constitucional, su arraigo en el genérico derecho de defensa y, en definitiva, su estrecho vínculo –cuando no su identificación total o parcial– con aquellos principios procesales del Derecho sancionador, también en su calidad de derechos fundamentales.

Así se ha venido entendiendo con respecto al régimen general –y supletorio allí donde no se encuentre uno propio– de aquel procedimiento, que seguimos hallando hoy en el Título II (arts. 23 a 51) del R.R.D.F.A.E. de 1986<sup>258</sup>; pero también a tenor de la garantía esencial que, en su doble vertiente, positiva<sup>259</sup> y negativa<sup>260</sup>, contiene el art. 134 de la Ley 30/1992 dentro de la regulación de la potestad sancionadora, y que puede enunciarse como una “reserva de procedimiento”, de tal manera que constituye una especificación de la producción de actos administrativos, y en definitiva de toda la actividad administrativa, por medio del procedimiento establecido por las leyes<sup>261</sup>.

Esta reserva rige también para el ejercicio de la potestad disciplinaria, según se deduce del art. 98.1 del E.B.E.P.: *“No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido. La imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia al interesado”*; con ello se mejora el régimen anteriormente vigente del art. 91 de la L.F.C.E., en cuyos aps. 2 y 3 se preveía la instrucción de expediente para la imposición de sanciones muy graves y graves, respectivamente, en tanto que el ap. 4 disponía que *“Las faltas leves sólo podrán corregirse con las sanciones que se señala en los apartados e) y f) [del apartado 1], que serán impuestas por el Jefe de la oficina o del centro, sin necesidad de previa instrucción de expediente”*, lo que daba pábulo a la imposición de sanciones “de plano” por la levedad de la infracción.

---

<sup>258</sup> Es una regulación que, por su prolijidad, no desarrollaremos aquí, siendo nuestro propósito detenernos en los principios del *ius puniendi* con fundamento constitucional en los que aquélla ha de inspirarse.

<sup>259</sup> Según el ap. 1 del precepto, *“El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido”*.

<sup>260</sup> De acuerdo con el ap. 3 del mismo art. 134, *“En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento”*.

<sup>261</sup> No se olvide, y ello alcanza plena operatividad en el ámbito disciplinario, que el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 reputa nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...”*.

Es sabido que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E., como *cabecera* de todo el ordenamiento procesal español, así como las garantías del art. 24.2, han generado, con sus múltiples proyecciones, un copioso *corpus* de doctrina de nuestros más Altos Tribunales; y ello con particular protagonismo del T.C., hasta el punto de haber sido –y continuar siendo– esos derechos fundamentales objeto de un porcentaje muy alto de los recursos de amparo que se interponen ante él. Ese amplio despliegue jurisprudencial ha ido delineando la actividad de todos los órdenes jurisdiccionales y transmitiendo la eficacia de aquellos derechos al funcionamiento ordinario de todos los entes y poderes públicos, y ello no solamente en los procedimientos sancionador y disciplinario, sino en todo procedimiento administrativo: baste pensar que el art. 105.c) de la C.E. reserva a la Ley la regulación del procedimiento *“a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”*. Pues bien, ésta se ha convertido en elemento esencial e indispensable del procedimiento administrativo común, tal como figura en el Título VI de la Ley 30/1992, y más en concreto en su fase de instrucción, en el trámite de audiencia (art. 84); como también en el art. 112, que lo prevé dentro de la regulación de los recursos administrativos.

Así y de manera general, en la antes citada S.T.C. 18/1981, de 8 de junio, su F.J. 2º concluía como sigue:

“Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la **interpretación finalista de la Norma Fundamental**, nos lleva a la idea de que los **principios esenciales** reflejados en el **art. 24 de la Constitución** en materia de procedimiento han de ser aplicables a la **actividad sancionadora de la Administración**, en la medida necesaria para preservar los **valores esenciales** que se encuentran en la base del precepto, y la **seguridad jurídica** que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal [...] sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”.

Ha añadido la S.T.C. 54/2003, de 23 de marzo, F.J. 3º, que “ello, como se ha afirmado en la S.T.C. 120/1996, de 8 de julio (F.J. 5º), ‘constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, **postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho**’”<sup>262</sup>. Dados estos argumentos, según el F.J. 3º de la S.T.C. 18/1981,

<sup>262</sup> Después de la S.T.C. 18/1981, “otras muchas sentencias han insistido sobre el particular, postulando una aplicación de las garantías procesales al procedimiento administrativo sancionador ‘en línea de

“debemos afirmar ahora que tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la **garantía del orden constitucional** exige que el acuerdo se adopte a través de un **procedimiento** en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de **aportar y proponer las pruebas** que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga”.

Es ésta una jurisprudencia reiterada más recientemente en las Ss.T.C. 39/2011, de 31 de marzo, F.J. 4º –resolución que prosigue la doctrina sentada en la S.T.C. 276/2000, de 16 de noviembre–; ó 59/2011, de 3 de mayo, F.J. 2º, las cuales confirman esa traslación de las garantías ex art. 24 de la C.E. a los procedimientos administrativos sancionadores “en cuanto que son **manifestación de la potestad punitiva del Estado**, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza”. Como garantías del empleado público al que se incoe un expediente disciplinario, podríamos enumerar las siguientes, aplicando la doctrina de la S.T.C. 9/2003, de 20 de enero, F.J. 3º.a):

“En relación con esa operación de **traslación de las garantías del art. 24 C.E. al procedimiento administrativo sancionador** [...] se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el **derecho de defensa**, que proscribe cualquier indefensión; el **derecho a la asistencia letrada**, trasladable con ciertas condiciones; el **derecho a ser informado de la acusación**, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el **derecho a la presunción de inocencia**, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el **derecho a no declarar contra sí mismo**; o, en fin, el **derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa**, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos [por todas, Ss.T.C. 7/1998, de 13 de enero, F.J. 6º; 14/1999, de 22 de febrero, F.J. 3º.a)]”<sup>263</sup>.

---

principio (S.T.C. 66/1984), cautelosa (Ss.T.C. 246/1991, 197/1995) y respetuosa con la naturaleza de este procedimiento (Ss.T.C. 22/1990, 246/1991), y rechazando que dicha aplicación pueda realizarse de modo mimético, inmediato (S.T.C. 181/1990), o automático (S.T.C. 197/1995)” (MARINA JALVO, op. cit., pág. 301). Sin embargo, la evolución de la legislación y de la misma jurisprudencia ha ido aproximando progresivamente aquellas garantías a estos procedimientos, de manera cada vez más detallada y precisa.

<sup>263</sup> Podemos citar también la más reciente S.T.C. 17/2013, de 31 de enero, F.J. 12º: “Además del deber de motivación (S.T.C. 21/2008, de 31 de enero, F.J. 3º), hemos destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 C.E., ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del *ius puniendi* del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional (Ss.T.C. 126/2005, de 23 de mayo, F.J. 2º; y 272/2006, de 25 de septiembre, F.J. 2º y doctrina allí citada, en relación con las citadas garantías)”.

A éstos añadiríamos: el derecho a la separación de fase instructora y sancionadora<sup>264</sup>, concluyendo ésta con la resolución final, que deberá ser motivada; y cuantos resulten del ya citado derecho de audiencia, incluyendo el de presentar alegaciones, para que no se pronuncie resolución *inaudita parte*. Estos derechos pueden compararse y completarse con los principios reconocidos en el art. 135 de la Ley 30/1992, de acuerdo con el cual

*“Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia. A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes”.*

En particular y en virtud del art. 137.4,

*“Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable”.*

En lo que respecta a la **presunción de inocencia**, a modo de *leading case* puede traerse aquí la S.T.C. 13/1982, de 1 de abril, F.J. 2º, que remarcó su perfil confirmando lo que primeramente había declarado la S.T.C. 31/1981, de 28 de julio, F.J. 2º:

“Al respecto, el T.C. debe reiterar, en primer lugar, que ‘una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un **derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata**, tal y como ha precisado este Tribunal en reiteradas Sentencias. En este sentido, la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo y al Tribunal Constitucional corresponde estimar en caso de recurso si dicha **presunción de carácter iuris tantum** ha quedado desvirtuada. Esta estimación ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de Instancia y la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso’ [...]. El derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que **preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas** y de cuya apreciación se derive un **resultado sancionatorio** para las mismas o **limitativo de sus derechos**”.

---

<sup>264</sup> Su encomienda a órganos distintos es contenido obligado de los procedimientos sancionadores, según establece el art. 134.2 de la Ley 30/1992.

Para delimitar el contenido del derecho, podemos citar las Ss.T.C. 25/1988, de 23 de febrero; y 229/1988, de 1 de diciembre, según las cuales “cabe enumerar como **presupuestos básicos para destruir la presunción de inocencia**: un mínimo de actividad probatoria; que dicha actividad probatoria haya sido obtenida regularmente; que sea de cargo”. Y según la S.T.C. 212/1990, de 20 de diciembre, F.J. 1º,

“Es doctrina reiterada de este Tribunal que la presunción de inocencia **rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador** garantizando el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad (Ss.T.C. 76/1990 y 138/1990, [...])”.

Con todo, para la S.T.C. 23/1995, de 30 de enero, F.J. 2º,

“la traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance, y sólo cobra sentido cuando la **Administración** fundamenta su **resolución** en una **presunción de culpabilidad** del sancionado carente de elemento probatorio alguno. Cualesquiera otras incidencias acaecidas en la tramitación del expediente [...] son cuestiones que, aunque pueden conducir a la declaración judicial de nulidad de la sanción por **vicios o falta de garantías** en el procedimiento (Ss.T.C. 68/1985 y 175/1987), en modo alguno deben incardinarse en el contenido constitucional del **derecho a la presunción de inocencia**, pues éste no coincide con las **garantías procesales** que establece el art. 24.2 C.E., cuya **aplicación** al procedimiento administrativo-sancionador sólo es posible ‘con las **matizaciones** que resulten de su propia **naturaleza**’ (S.T.C. 120/1994, fundamento jurídico 2º)”.

A ello añadió la S.T.C. 111/2004, de 12 de julio, que en el procedimiento sancionador la presunción de inocencia opera como principio general de distribución de la prueba, fundado en el de igualdad de armas. A lo anterior se unen, según la S.T.C. 131/2003, de 30 de junio, otros dos efectos: que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio; y que sobre la Administración Pública actuante recae la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una *probatio diabolica* de los hechos negativos. Con ello se completaría la vertiente material del objeto de la presunción de inocencia, con lo que la formal requeriría una doble certeza: de los hechos imputados y del juicio de culpabilidad sobre éstos<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 368.



Más recientemente, ha resumido la doctrina constitucional la S.T.C. 126/2011, de 18 de julio, F.J. 21º.a), dictada en referencia al proceso penal pero con consideraciones que entendemos trasladables a nuestro ámbito:

“Venimos afirmando desde la S.T.C. 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el **derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas**, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la S.T.C. 189/1998, de 28 de septiembre, **‘sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas**, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado’ (F.J. 2º). [...] De este modo hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ‘ha de partir de la **radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo** para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad’ [entre otras, Ss.T.C. 111/2008, de 22 de septiembre, F.J. 3º.a) y 68/2010, de 18 de octubre, F.J. 4º], advirtiendo que esta **supervisión** externa que hemos de realizar para apreciar la razonabilidad del expresado discurso ha de ser **‘extraordinariamente cautelosa’**, pues, en rigor, ‘la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él’ (S.T.C. 66/2009, de 9 de marzo, F.J. 6º)”.

De manera más extensa, según la S.T.C. 104/2011, de 20 de junio, F.J. 2º,

“Este Tribunal ha reiterado que, al amparo del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales los órganos judiciales alcanzan su íntima convicción, sino únicamente **controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta**. Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la **prueba de cargo** sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser **indiciaria**, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano. En cuanto al **control de la solidez de la inferencia** hemos señalado que pueda llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia –siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él–, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, debiendo excluirse la **razonabilidad** de la inferencia cuando ésta tenga un carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado (por todas, S.T.C. 91/2009, de 20 de abril, F.J. 5º). También se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se extiende a verificar si se ha dejado de **someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada**, exigiéndose ponderar los distintos elementos

probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, requiriendo solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (entre tantas otras, Ss.T.C. 242/2005, de 10 de octubre, F.J. 5º; 187/2006, de 19 de junio, F.J. 2º, y 148/2009, de 15 de junio, F.J. 4º)”.

De acuerdo con todo lo anterior, los arts. 94.2.e) y 98.1 del E.B.E.P. han de ponerse en conexión con el art. 98.2, el cual remite a las Leyes de desarrollo del Estatuto la regulación del procedimiento por el que se ejerce la potestad disciplinaria, mediante el establecimiento de unas bases inspiradoras de dicha legislación:

*“El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecido la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos”.*

No podemos pasar por alto este precepto, si recordamos los vicios de que adolecía el ejercicio de la potestad disciplinaria cuando no estaba plenamente enraizada en los principios aquí analizados: sanciones de plano, ejecutividad inmediata de las sanciones sin apenas opciones de suspensión, posibilidad de *reformatio in peius*, etc<sup>266</sup>. Sin embargo y ciñéndonos a que el art. 94.2.e) del E.B.E.P. se limita a mencionar la presunción de inocencia y como el desarrollo del procedimiento disciplinario y de las garantías que lo acompañan merecería un tratamiento aparte, no nos extenderemos más sobre él y continuaremos con el análisis de los principios sustantivos enunciados en aquel precepto.

**- f) Prescripción de las faltas y sanciones:** más que un principio en sí mismo, se trataría de una derivación del de seguridad jurídica *ex art.* 9.3 de la C.E., ya que comporta la imposibilidad legal de perseguir una conducta infractora o de ejecutar una resolución sancionadora una vez que transcurra el plazo establecido por la Ley.

El art. 97 del E.B.E.P. contiene la regulación de la prescripción como límite del ejercicio de la potestad disciplinaria de los entes y Administraciones Públicas, en concordancia con la clasificación de las infracciones y sanciones e incluyendo no sólo los plazos respectivos, sino también los términos *a quo* y *ad quem* para su cómputo:

*“Las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años, las graves a los 2 años y las leves a los 6 meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves*

<sup>266</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, op. cit., págs. 902-903.

*prescribirán a los 3 años, las impuestas por faltas graves a los 2 años y las impuestas por faltas leves al año. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiera cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. El de las sanciones, desde la firmeza de la resolución sancionadora”*<sup>267</sup>.

Así, si los plazos aparecen plenamente acompañados a los del Derecho sancionador general, tal como se contienen, en defecto de regulación, en el art. 132.1<sup>268</sup> de la Ley 30/1992, la regulación del cómputo es parcialmente disímil tanto en la prescripción de las faltas como en la de las sanciones en relación, respectivamente, con los aps. 2<sup>269</sup> y 3<sup>270</sup> del art. 132, que se ocupan de la interrupción y reanudación de los plazos. De los plazos del ap. 1, coincidentes con los del art. 97 del E.B.E.P., se ha dicho que “son prudentes y no pueden ser tachados ni de cortos ni de largos, de tal manera que la Administración ya no podrá descuidarse [...] a la hora de perseguir las infracciones”. Además, “el criterio empleado, al utilizar como referencia la gravedad de la propia infracción, es el único que puede adoptarse en términos generales”<sup>271</sup>, lo que adquiere mayor sentido en las faltas disciplinarias: la relación estatutaria del empleado público con la Administración es sustento suficiente para una averiguación rápida de la

<sup>267</sup> En conexión con el anterior principio, “Por lo general se entiende que la firmeza está aquí conectada con la ejecutividad, es decir, que se trata de firmeza ganada (y de ejecutividad no suspendida) en vía administrativa (NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 557).

<sup>268</sup> “Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año”. Es una norma que admite la colaboración reglamentaria (NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 533-534). MARINA JALVO cita las Ss.T.C. 255/1988, 29/1989; 83/1989; y 224/1991, para fundamentar la ausencia de reserva de ley, aunque a continuación afirma que ésta “cobra sentido como garantía de la seguridad jurídica, especialmente en aquellos ámbitos –como el sancionador– restrictivos de la libertad personal [...] esta figura constituye un elemento esencial en la configuración de faltas y sanciones”, al determinar los límites temporales y supuestos de ejercicio de la potestad sancionadora (op. cit., págs. 269-270).

<sup>269</sup> “El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable”.

<sup>270</sup> “El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor”.

<sup>271</sup> NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 543. Frente a las críticas doctrinales que señalan la impropiedad de los plazos de prescripción, en el Derecho administrativo sancionador, que superan a los de los delitos y faltas, MARINA JALVO recuerda “que existen sanciones disciplinarias –y administrativas, en general– más graves que las recogidas por el Código Penal”, como la separación del servicio, y añade que, pese a esa mayor duración de los plazos, sobre la situación del interesado no pesa aquí la “amenaza de una sanción privativa de libertad” (op. cit., págs. 271-272), argumento que consideramos cuestionable porque no ha de jugar aquí esa “ley de la compensación”, sino justamente la constatación de que el menor reproche social a las infracciones disciplinarias, en comparación con las penales, debe traducirse en plazos inferiores.

infracción cometida, y por lo tanto para su persecución inmediata; así como para la inmediatez en la ejecución de las sanciones.

Por otra parte, el citado art. 132 debe ser acogido en la regulación de la potestad disciplinaria en la medida en que el R.R.D.F.A.E., por un lado, es de dudosa aplicación a la interrupción y ulterior nuevo transcurso del de las faltas<sup>272</sup> y, por otro, no contiene ninguna previsión sobre la interrupción y reanudación del plazo de la prescripción de las sanciones –sí sobre su cómputo<sup>273</sup>–: no parece necesario el registro preceptivo de la incoación del expediente para su conocimiento por el interesado –bastaría la notificación–; y el plazo de paralización necesario para la reanudación del de prescripción es sensiblemente superior, amén de estar fijado por una disposición reglamentaria –seis meses– frente a una norma con rango de ley –un mes–<sup>274</sup>. En consecuencia, podría juzgarse más acorde con el principio de seguridad jurídica el régimen del art. 132.2 de la Ley 30/1992 que el del art. 20.2 del R.R.D.F.A.E.<sup>275</sup>. Sí es seguro que las diligencias previas que pueden preceder a la resolución de incoación no producen ese efecto interruptivo –como, por otra parte, es norma general–, pues no pueden reputarse actos de iniciación del procedimiento disciplinario, si se asimilan a las medidas provisionales previstas en los arts. 72.2 y 136 de la propia Ley 30/1992 o llevan aparejada la adopción de éstas<sup>276</sup>.

En cualquier caso, la correcta comprensión de este instituto ha de buscar sus raíces, nuevamente, en el Derecho penal, tal como se infiere de la S.T.C. 12/1991, de 28 de enero, F.J. 2º, que delimita sus caracteres y los principios a los que se conecta:

---

<sup>272</sup> Según el art. 20.2 del R.R.D.F.A.E., “*La prescripción se interrumpirá por la iniciación del procedimiento, a cuyo efecto la resolución de incoación del expediente disciplinario deberá ser debidamente registrada, volviendo a correr el plazo si el expediente permaneciere paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al funcionario sujeto al procedimiento*”.

<sup>273</sup> Según el art. 21.2 del mismo Reglamento, “*El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción o desde que se quebrantase el cumplimiento de la sanción, si hubiere comenzado*”. Con todo, debe tenerse en cuenta que la consecuencia de la paralización, ex art. 132.3 de la Ley 30/1992, no es la reanudación del plazo, sino el nuevo transcurso del mismo, más desfavorable para el infractor. A pesar del tenor literal de este precepto legal y del reglamentario aquí transcrito, MARINA JALVO es partidaria de que aquel plazo “comience en el momento en que la resolución sancionadora firme ha sido notificada al funcionario” para garantizar de ese modo la seguridad jurídica (op. cit., pág. 281).

<sup>274</sup> Esta autora desecha tal posibilidad y se inclina por el plazo reglamentario (ibídem, págs. 281-282).

<sup>275</sup> Compartimos la opinión de la misma autora (ibídem, págs. 273-274).

<sup>276</sup> Vid. NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 547 y 549; y págs. 550-557 para la caducidad del procedimiento, tal como la regulan los arts. 42.1, 44.2 y 92 de la misma Ley 30/1992 (vid. también MARINA JALVO, op. cit., págs. 276-278).

“La **prescripción** de los delitos y faltas [...] puede ser concebida como una **institución de carácter procesal e interpretación restrictiva**, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, cuya aplicación se haga depender de la concurrencia del elemento subjetivo de abandono o dejadez en el ejercicio de la propia acción o, al contrario, puede ser considerada como **institución de naturaleza sustantiva o material**, fundada en **principios de orden público, interés general o de política criminal** que se reconducen al principio de necesidad de la pena, insertado en el más amplio de **intervención mínima** del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*, concepción según la cual la aplicación de la prescripción depende exclusivamente de la presencia de los elementos objetivos de **paralización del procedimiento y transcurso del plazo legalmente establecido** [...].

Es cierto que la primera de dichas construcciones conceptuales es característica del derecho privado y la segunda más acorde con la **finalidad del proceso penal** y así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, [...] de la que es oportuno aquí destacar que, después de reiterar la **concepción material** de la prescripción penal, ajena a condiciones procesales del ejercicio de la acción, señala que esta doctrina más moderna, fue ganando la jurisprudencia, que repudió toda analogía entre la prescripción civil y la prescripción del delito y que esta última tenga naturaleza procesal”.

En lo demás, resume la jurisprudencia constitucional la S.T.C. 37/2010, de 19 de julio, F.J. 2º:

“la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una **cuestión de legalidad** que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que **carece**, por su propio contenido, **de relevancia constitucional**, lo que no significa [...] sino que [...] la aplicación de dicho instituto en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. Y ello porque la ‘prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una **autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo**, que encuentra también fundamentos en **principios y valores constitucionales**, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculcado, [...]; a lo que añadíamos que dicho instituto ‘en general, encuentra su propia justificación constitucional en el **principio de seguridad jurídica**’, si bien, por tratarse de una situación de **libre configuración legal**, no cabe concluir [...] que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar [...] afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados’ (S.T.C. 63/2005, de 14 de marzo, F.J. 2º; en el mismo sentido, Ss.T.C. 29/2008, de 20 de febrero, F.J. 7º; 79/2008, de 14 de julio, F.J. 2º, y resoluciones en ellas citadas)”<sup>277</sup>.

“Por lo que se refiere”, continúa esta Sentencia, “a la determinación del **canon** aplicable para proceder, en su caso, a la **revisión de una decisión judicial** apreciando o negando la existencia de prescripción, hemos declarado que es el propio del **art. 24 C.E.** [...]. Ahora bien, dada la trascendencia de los **valores**

<sup>277</sup> Ya la S.T.C. 157/1990, de 18 de octubre, F.J. 3º, había declarado que “Determinar el régimen jurídico de la prescripción de las infracciones penales es algo que corresponde hacer al legislador, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto”.

**constitucionales en juego** en la aplicación del Derecho penal, hemos señalado que **el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso** en estos casos, por tratarse de supuestos en los que están en juego **otros derechos fundamentales**”.

No entendemos esto directamente trasladable al ejercicio de la potestad disciplinaria, ya que aquí se trataría de la interpretación asumida por “la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal”, dadas “la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal” y la afección a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca tal causa de extinción de la responsabilidad. Ello no impide, a nuestro entender, que sí haya de considerarse, *mutatis mutandis*, “el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la **ratio legis o fin de protección** de dichas normas”, los “fines de la institución”, en relación con los cuales

“lo que el establecimiento de un plazo temporal [...] persigue a su vez es que no se produzca una latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del **calendario de exigencia de responsabilidad** por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto; [...] el plazo de prescripción toma en consideración [...] su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción”, impulsando con ello la activación diligente del *ius puniendi* antes de que transcurran los plazos, los cuales “responden pues, esencialmente, a un **deseo de aproximación** del momento de la **comisión de la infracción** penal al momento de **imposición de la pena** legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades antes mencionadas”.

Sobre estos fines vuelve el F.J. 5º de la misma S.T.C. 37/2010, al recordar que

“el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece [...] sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de **limitar temporalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado** en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (**configuración material de la prescripción**) [Sa.T.C. 63/2005, de 14 de marzo, F.J. 6º; 29/2008, de 20 de febrero, F.J. 12º]”, lo cual “tiene como **efecto** no la **prescripción** de la acción penal para perseguir la **infracción punitiva**, sino la de esta misma”, por lo que “la determinación de las **previsiones legales aplicables** sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la **infracción** de la que resulta penalmente **responsable**”.

Son éstas consideraciones que entendemos igualmente susceptibles de traslación a la prescripción de las infracciones disciplinarias, y como consecuencia de las cuales se señala que los plazos, como “cuestión de orden público”, son de carácter indisponible y apreciables de oficio. Lo contrario no resultaría

“una interpretación constitucionalmente admisible en cuanto [...] restrictiva *contra reo* carente del necesario rigor en relación con el tenor literal de la norma que le sirve de fundamento y con los fines de la prescripción. En este sentido, en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado que por estar en juego el **principio de legalidad** por imposición de la propia Constitución (art. 25.1 C.E.), ‘resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción ... venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto que perjudiquen al reo’, ‘**sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem***’ de la normativa reguladora de la prescripción (art. 25.1 C.E.)”.

En esto, como en los fragmentos aquí transcritos de la S.T.C. 37/2010, “Ni que decir tiene que el Derecho Administrativo Sancionador es tributario del Derecho Penal en todos esos planteamientos y eventuales soluciones; [...] desde la perspectiva del Derecho Administrativo ninguna aportación importante se ha hecho hasta la fecha sobre el particular”<sup>278</sup>.

Volviendo a la comparación entre el art. 132 de la Ley 30/1992 y el art. 97 del E.B.E.P., la otra diferencia parcial entre ambos, favorable al acierto del segundo, se cifra en que fija el inicio de ese cómputo del plazo en las faltas continuadas, aunque no en las permanentes ni en las habituales: debería haber sido importada una solución más exacta, de nuevo, del Derecho penal, y en particular del art. 132.1, inc. 2º<sup>279</sup> del C.P. en cuanto distingue los tres tipos de acciones para así fijar el criterio en cada uno de ellos.

Sobre el primer precepto ha tenido ocasión de pronunciarse la S.T.C. 37/2012, de 19 de marzo<sup>280</sup>, cuyo F.J. 10º reitera la jurisprudencia de la S.T.C. 37/2010, de 19 de julio, F.J. 2º, con cita de otras como las Ss.T.C. 27/1984, de 24 de febrero, F.J. 1º; 89/1992, de 8 de junio, F.J. 3º; 220/1993, de 30 de junio, F.J. 2º; 160/1997, de 2 de octubre, FF.JJ. 3º y 5º; 274/2006, de 25 de septiembre, F.J. 2º; 172/2007, de 23 de julio de 2007, F.J. 2º; y 194/2009, de 28 de septiembre, F.J. 1º),

“siendo igualmente oportuno señalar que la doctrina constitucional sentada en materia de prescripción penal a partir de la S.T.C. 63/2005, de 14 de marzo [...] (doctrina que no considera razonable *ex arts.* 24.1 y 25.1 C.E. una interpretación de las normas penales que deje en manos de los denunciantes o querellantes la

<sup>278</sup> NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 536-537, con afirmaciones que entendemos extensivas al régimen disciplinario de los empleados públicos, aunque luego reconoce que se trata de cuestiones que la Ley 30/1992 ha resuelto con “carácter administrativista”, por plantearse así como propias de esta rama del Derecho y “ajenas al Derecho Penal” (ibidem, pág. 559).

<sup>279</sup> “En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta”. Vid. de nuevo NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 491-493 y 545-547.

<sup>280</sup> Seguida de otras como las Ss.T.C. 75/2012, de 16 de abril; y 91, 93, 94 y 98/2012, de 7 de mayo.

interrupción de la prescripción de los delitos y faltas), no desvirtúa la anterior (como lo corroboran, entre otras, las Ss.T.C. 79/2008, de 14 de julio, F.J. 2º; y 195/2009, de 28 de septiembre, F.J. 2º)...”.

Esto es, se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, de la exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales y carente, en principio, de relevancia constitucional.

Con lo anterior se viene a descartar la concepción procesal de la prescripción –y, por ende, a reafirmar la material– en el Derecho sancionador y, por tanto, en el disciplinario; siendo notorio que el art. 132 se encuadra dentro de los preceptos que, en el Título IX de la Ley 30/1992, se ubican dentro de su Capítulo I, “Principios de la potestad sancionadora”, y no del II, “Principios del procedimiento sancionador”<sup>281</sup>.

- g) A todos los principios anteriores cabría añadir la **prohibición de la analogía *in malam partem***, que se desprende de los principios de legalidad y tipicidad (entre otras, Ss.T.C. 181/1990, de 15 de noviembre; 56/1998, de 16 de marzo; 174/2000, de 26 de junio; 278/2000, de 27 de noviembre; 123/2002, de 20 de mayo; ó 13/2003, de 28 de enero), al configurarse como una de sus consecuencias: el Derecho sancionador está presidido por la interpretación restrictiva de las normas que lo conforman, y en particular de las faltas y sanciones<sup>282</sup>, de tal manera que, en la subsunción de los hechos en los elementos del tipo infractor, no cabe ni la aplicación analógica de esas normas ni su extensión a más supuestos de los contemplados en ellas, por mucho que ello pueda “venir constituido por la presencia de una laguna legal”<sup>283</sup>.

Ya la S.T.C. 75/1984, de 27 de junio, F.J. 5º, declaró que el derecho fundamental del art. 25.1 de la C.E.,

“que es garantía de la libertad de los ciudadanos, **no tolera [...]** la **aplicación analógica *in peius*** de las normas penales o [...] exige su aplicación rigurosa, de

<sup>281</sup> Como subraya NIETO GARCÍA, quien, con todo, prefiere “hablar de dos vertientes o efectos jurídicos de un mismo fenómeno que dos fenómenos distintas [*sic*]. Esta conexión de efectos se traduce en que, una vez prescrita la infracción (vertiente material o sustantiva), se cierra el paso a la iniciación de un procedimiento sancionador (vertiente formal)” (ibídem, pág. 538).

<sup>282</sup> La prohibición de aplicación analógica de las infracciones y sanciones administrativas aparece en el art. 129.4 de la Ley 30/1992, según el cual “*Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica*”.

<sup>283</sup> MARINA JALVO, op. cit., pág. 170, quien añade que “el principio de tipicidad veda igualmente la posibilidad de que el órgano sancionador cree, para el caso concreto, una norma extraída de los principios que informan el ordenamiento punitivo”. A la vez, se muestra disconforme con la admisibilidad de la analogía *in bonam partem*, a la vista del tenor literal del precitado art. 129.4; aunque reconoce que la cuestión no está clara (ibídem, págs. 171-172).



manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada no obstante, si a través de la figura del fraude de Ley se extendiese a **supuestos no explícitamente contemplados en ellas** la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una **aplicación analógica**”.

Podemos traer a colación alguna Sentencia más que hace derivar esta prohibición de la vertiente material de esos principios. Según las Ss.T.C. 229/2007, de 5 de noviembre F.J. 4º; y 90/2012, de 7 de mayo, F.J. 4º, el sometimiento al principio de tipicidad implica no sólo una sujeción estricta a la ley penal, por los órganos que tienen encomendada su aplicación, sino que también y siguiendo lo que dice la S.T.C. 38/2003, de 27 de febrero, en su F.J. 8º,

“les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (Ss.T.C. 81/1995, de 5 de junio, F.J. 5º; 34/1996, de 11 de marzo, F.J. 5º; 64/2001, de 17 de marzo, F.J. 4º; 170/2002, de 30 de septiembre, F.J. 12º), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas **técnicas jurídicas**, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas **se convertirían en fuente creadora de delitos y penas** y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del **principio de división de poderes** (Ss.T.C. 133/1987, de 21 de julio, F.J. 4º; 137/1997, de 21 de julio, F.J. 6º; 142/1999, de 22 de julio, F.J. 3º; 127/2001, de 4 de junio, F.J. 4º)”.

Por tanto, poco puede añadirse a lo así afirmado sobre este principio en cuanto derivado de los principales de legalidad y tipicidad, de los que trae causa.

- h) Si bien el principio *non bis in idem* se incluye entre los que rigen el ejercicio del *ius puniendi* del Estado<sup>284</sup>, con una recepción inequívoca en el régimen sancionador común<sup>285</sup>, en otro lugar<sup>286</sup> hemos advertido de las modulaciones por las

<sup>284</sup> “Aunque no puede olvidarse que la ayuda que en este ámbito proporciona este Derecho Penal al Administrativo Sancionador no se encuentra en unos artículos del Código [...] ni tampoco en unos principios (pues es difícil considerar como principios las reglas concretas de resolución de concurso de leyes y de delitos). En este caso se trata, más bien, de una comunicación de *técnicas*. El Derecho Administrativo Sancionador [...] se aprovecha de la mayor experiencia del Derecho Penal y toma a préstamo unas técnicas jurídicas que en él se vienen utilizando desde hace siglos con probado éxito” (NIETO GARCÍA, op. cit., pág. 429; vid. también págs. 573-574).

<sup>285</sup> El art. 133 de la Ley 30/1992 lo formula como principio de no concurrencia de sanciones, disponiendo que “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”. MARINA JALVO destaca que el “significado ético” del Derecho disciplinario ha justificado en la jurisprudencia la acumulación de sus sanciones con las penales, y que ese carácter ético no puede hacer pasar a un segundo plano “el fin de restablecimiento del orden quebrantado, así como la consideración del daño o peligro experimentado por los bienes jurídicos protegidos”; para esta autora, “no cabe atribuir al Derecho disciplinario fines de

que ha atravesado en el Derecho disciplinario. Como destaca LASAGABASTER HERRARTE, “La definición del concepto de *non bis in idem* ha seguido un proceso de depuración que permite un análisis ajustado a esta categoría jurídica, a pesar de que pueda afirmarse todavía la inexistencia de una teoría general sobre este tema”<sup>287</sup>, afirmación que debe ser pasada por el tamiz de la jurisprudencia más reciente.

Aunque el principio no figura expresamente recogido en el art. 25 de la C.E., doctrina y jurisprudencia – ya desde la S.T.C. 2/1981, de 30 de enero– lo han vinculado con los de legalidad y tipicidad, y en este punto procede su estudio a partir del art. 94.1 del E.B.E.P., en virtud del cual “*Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones*”. Es este último inciso el que permite compaginar la exigencia de las tres clases de responsabilidad<sup>288</sup>, sobre lo cual no han dejado de verse críticas doctrinales, pero también argumentos que apoyan esta compatibilidad de responsabilidades<sup>289</sup>, tal como reseñábamos en nuestro otro estudio<sup>290</sup>. La configuración del principio aquí estudiado ha partido de la descripción que del mismo consagró la citada S.T.C. 2/1981, de 30 de enero, F.J. 4º:

“El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que **no recaiga duplicidad de sanciones** –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la **identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración** –relación de funcionario, servicio público, concesionario,

---

protección corporativa [...] las sanciones disciplinarias, como las penas, en mayor o menor medida persiguen fines de prevención y de represión” (op. cit., págs. 92-93), argumento éste que refuerza la prohibición del *non bis in idem* en el plano puramente teórico.

<sup>286</sup> Vid. GRECIET GARCÍA, op. cit., págs. 82, 85 y 87.

<sup>287</sup> Op. cit., págs. 388-389.

<sup>288</sup> Distintas, a su vez, de la responsabilidad en la gestión que el art. 1.3.i) del E.B.E.P. sienta como uno de sus fundamentos de actuación, lo que “encuentra algunas referencias en el E.B.E.P. pero que nítidamente permiten apreciar ese margen no sancionador de incumplimientos”, dadas las consecuencias jurídicas de los resultados de la evaluación: la del desempeño (art. 20.3) y la del personal directivo (art. 13.3), tal como señala acertadamente PALOMAR OLMEDA, “Título I...”, op. cit., pág. 36.

<sup>289</sup> PALOMAR OLMEDA habla de “independencia de la responsabilidad disciplinaria de cualquier otra responsabilidad de la Administración”, si bien matiza que la misma “es, sobre todo, conceptual porque [...] existen diversas conexiones en el plano puramente procedimental que justifican, en muchos casos, la suspensión del procedimiento administrativo hasta que concluya –en cualquiera de sus sentidos– la acción penal. Realmente la independencia real lo es respecto de la responsabilidad patrimonial” (*Derecho...*, op. cit., pág. 598).

<sup>290</sup> GRECIET GARCÍA, op. cit., pág. 88.

etc...– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”<sup>291</sup>.

Aquí puede dirigirse una crítica a esta concepción, en la medida en que todavía tiene presente un vínculo de sujeción especial, al situar su existencia como una suerte de elemento cuasi-autónomo que anularía la operatividad del *non bis in idem*. Ello entraña una especial dificultad de conciliación con el principio de proporcionalidad<sup>292</sup> y la obligación de interpretar restrictivamente los límites a los derechos fundamentales<sup>293</sup>.

De hecho y como se ha destacado<sup>294</sup>, la S.T.C. 234/1991, de 10 de diciembre, F.J. 2º, prescindió de esta noción para proveer de fundamento a las excepciones al *non bis in idem*. Según la misma,

“En nuestro Derecho vigente no hay más fundamento posible de una sanción que la norma previa que tipifica la infracción y prevé la sanción o elenco de sanciones que de ella se siguen: la dualidad de fundamento se identifica en consecuencia con la dualidad normativa. Cosa bien distinta, y este es probablemente el sentido que se pretende dar a la afirmación que analizamos, es que **no baste simplemente con la dualidad de normas** para entender justificada la imposición de una **doble sanción** al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la **dualidad de sanciones** sea

<sup>291</sup> Esta Sentencia fue objeto de un primer comentario por GARCÍA DE ENTERRÍA, hoy recogido en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 259-263.

<sup>292</sup> Que aquí podría enunciarse como sigue: “Las limitaciones a los derechos fundamentales de los funcionarios no pueden establecerse de forma genérica, sino concretamente, según la categoría y función que desarrollen, según los intereses administrativos y el interés público afectados. La categoría R.S.E. no tiene en consecuencia un valor autónomo como límite” (ibídem, pág. 415). Vid. también págs. 423-425, en las que constata que ello dependerá de la relación, situación o institución a la que se pretenda aplicar, de sus características, evolución y necesidades funcionales, de acuerdo con las reglas de interpretación del Derecho, empezando por las constitucionalmente aceptadas, y con los principios comúnmente admitidos.

<sup>293</sup> De acuerdo, igualmente, con reiterada jurisprudencia, así en la S.T.C. 116/2008, de 13 de octubre, que hace referencia “al principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos constitucionales [...] que, como reiteradamente hemos indicado, obliga a que, entre las diversas interpretaciones posibles, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, debamos optar por aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado (Ss.T.C. 133/2001, de 13 de junio, F. 5; 5/2002, de 14 de enero, F. 3; y 26/2006, de 30 de enero, F. 9)”.

<sup>294</sup> LASAGABASTER HERRARTE, op. cit., págs. 391-394. En págs. 395-396 añade con acierto, con respecto a los elementos en los que se basa este principio, que “La identidad de ‘fundamento’ o de ‘bien jurídico’ o de ‘interés’ exige un análisis más afinado, no tan genérico. La diferencia de ‘fundamento’ no se puede sustentar en un concepto tan genérico e impreciso como las R.S.E. Las conductas de los funcionarios sancionables administrativamente no son en todos los casos idénticas, porque tampoco son idénticos los intereses que, según la función desarrollada por cada funcionario, tiene la Administración [...] cuando es posible el *bis in idem* depende del interés jurídicamente protegido, lo que significa que puede afectar a relaciones catalogadas o no clásicamente como R.S.E.”. En definitiva, “Esa pretensión de automaticidad del principio *bis in idem* en las relaciones funcionariales, aceptada de plano por la doctrina, salvo reseñables excepciones, no tiene ya fundamento alguno, aunque también hay que decir que jamás ha disfrutado de justificación” (ibídem, pág. 414).

constitucionalmente admisible es necesario, además, que la **normativa que la impone** pueda justificarse porque contempla los **mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo** que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una **relación jurídica diferente** entre sancionador y sancionado”.

Tras señalar estas dos condiciones a modo de necesaria la primera y suficiente la segunda y cuando parecía que esta última apuntaba a las relaciones de sujeción especial como justificación del *bis in idem* en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, el Tribunal las aparta y busca otro título habilitante en el interés de esta última, amén de invocar un canon de proporcionalidad en la duplicidad de sanciones:

“También es evidente que esta **segunda sanción** no se impone en ejercicio del *ius puniendi* que el Estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta [...], sino en uso del **poder disciplinario** que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la **relación jurídica estatutaria** que vincula al funcionario con la Administración sancionadora.

La existencia de esta **relación de sujeción especial** tampoco basta por sí misma [...] para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial **no** son entre nosotros un **ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales** o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la **Administración** de un **poder normativo** carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en **términos** que no serían aceptables sin el supuesto de esa **especial relación** (vid., entre otras, Ss.T.C. 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, S.T.C. 61/1990<sup>295</sup>).

Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y **que la sanción sea proporcionada a esa protección**.

El **interés legítimo de la Administración** en su conjunto es, el de **servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 C.E.)**; el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el **funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado**, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste”.

<sup>295</sup> La doctrina de este párrafo es reiterada, entre otras, por las Ss.T.C. 26/2005, de 14 de febrero, F.J. 3º; 229/2007, de 5 de noviembre, F.J. 2º; 162/2008, de 15 de diciembre, F.J. 3º.b).

Todo ello comporta, pues, un enfoque constitucionalmente correcto del problema planteado.

Ahondando en este ámbito, entre las críticas doctrinales a que hemos aludido cabe registrar las realizadas precisamente frente a la duplicidad de sanciones. Así, se ha afirmado que “La posible acumulación de pena y sanción por la comisión de un único hecho ilícito comporta unas consecuencias tan graves que, a nuestro juicio, infringe el principio constitucional de proporcionalidad de los castigos”<sup>296</sup>, lo que, sin duda, deberá ser examinado en la aplicación de cada sanción y de acuerdo con los criterios indicados para este principio<sup>297</sup>. Algún otro autor aboga por la vigencia absoluta del *non bis in idem*, siendo la doble sanción “fuente innecesaria de muchos problemas de interpretación de las normas disciplinarias, que podrían evitarse si éstas se limitasen a sancionar las infracciones menos graves de los empleados públicos no previstas en el Código Penal, reservando el castigo de las conductas de mayor gravedad a esta última esfera punitiva”<sup>298</sup>: aunque con la no superposición de los dos ámbitos sancionadores acaso acabaría ganando en efectividad el principio de seguridad jurídica, ello implicaría tanto un reto difícilmente mensurable para el legislador<sup>299</sup> como el prescindir de la comparación concreta, en cada caso, entre sujeto, hecho y fundamento, quedando de este modo el principio *non bis in idem* desposeído de sustantividad propia.

Sin embargo, una mayor precisión en la delimitación del principio exige atender a sus dos vertientes, que resumió la S.T.C. 91/2008, de 21 de julio, según la cual “Este Tribunal ha reiterado que el **principio *non bis in idem*** se configura como un **derecho fundamental**, integrado en el art. 25.1 C.E., con una doble dimensión material y procesal”, cada una de las cuales, con sus singularidades, pasa a definir:

---

<sup>296</sup> TRAYTER JIMÉNEZ, op. cit., pág. 922.

<sup>297</sup> Dice NIETO GARCÍA que “la cuestión debatida está en función de la idea que se tenga de la unidad – o diversidad– ‘ontológica’ de los ilícitos y de sus sanciones. Porque es claro que quienes afirman dicha unidad han de aceptar, como un corolario de ella, la prohibición del *bis in idem*; mientras que quienes la niegan pueden aceptar sin graves dificultades la compatibilidad de sanciones que son diferentes por naturaleza” (op. cit., pág. 434).

<sup>298</sup> CÁMARA DEL PORTILLO, “Régimen...”, op. cit., págs. 240-241.

<sup>299</sup> La reconducción de la pluralidad de sanciones a la de infracciones y, con ella, el planteamiento de un posible concurso de normas, prohibiendo la pluralidad de tipos infractores por un mismo hecho, son descartados por NIETO GARCÍA: “la realidad es que casi nunca se ha seguido este planteamiento en parte por inercia e incapacidad de racionalizar el Ordenamiento represor, eliminando las duplicaciones, y en parte porque la experiencia enseña que es inevitable que un mismo hecho se encuentre conminado en ocasiones por varias sanciones” (op. cit., pág. 436). Vid. también MARINA JALVO, op. cit., pág. 199.

“La **material o sustantiva impide** que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una **reacción punitiva desproporcionada** que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones.

La **procesal o formal proscrib**e, en su sentido originario, la **duplicidad** de procedimientos penales en caso de que exista la **triple identidad de sujeto, hecho y fundamento**. Ello implica la **imposibilidad** de proceder a un **nuevo enjuiciamiento penal** si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con **efecto de cosa juzgada**, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión”.

Veremos de inmediato la proyección de estas dimensiones cuando se trata de un doble proceso o procedimiento, esto es, judicial penal y administrativo sancionador.

La complejidad del *non bis in idem* y los vaivenes jurisprudenciales que el T.C. ha dado en su tratamiento nos obliga a proseguir su análisis a partir de otro principio conectado, cuando no integrado en él: el de **prejudicialidad**, consagrado en el art. 10.2 de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (L.O.P.J.)<sup>300</sup>, así como en el art. 92.3<sup>301</sup> de la L.F.C.E.; y que tiene su correlato en el carácter vinculante de los hechos probados por la jurisdicción penal<sup>302</sup>. Ello parte de lo que declaró la S.T.C. 77/1983, de 3 de octubre, F.J. 4º, al conducir aquel principio a que

“cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el **enjuiciamiento** y la **calificación** que en el **plano jurídico** puedan producirse, se hagan **con independencia**, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que **unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado**”.

Con ello se reafirma la primacía de las actuaciones de aquel orden jurisdiccional –conforme a los principios del Poder Judicial *ex* art. 117.3 de la C.E.–, aun dando por

<sup>300</sup> Después de establecer su art. 10.1 que a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, el art. 10.2 de la misma establece una excepción al disponer que “*No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca*”.

<sup>301</sup> Según el cual, en el transcurso de la tramitación del expediente disciplinario, “*si la falta presentara caracteres de delito se dará cuenta al Tribunal competente*”.

<sup>302</sup> Es lo que dispone, con carácter general, el art. 137.2 de la Ley 30/1992: “*Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien*”.

buena aquella diferencia no en el plano fáctico, sino en el jurídico, por su diferente fundamento y finalidad, lo que es susceptible de traslado –si no de obligada aplicación– al Derecho disciplinario. Así, concluye esa misma Sentencia que

“Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la **actuación sancionadora de la Administración** a la actuación de los **Tribunales de justicia** es que la primera, como con anterioridad se dijo, **no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos** y deba en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori*, el **planteamiento fáctico** que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del **art. 25 de la Constitución** y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto” (S.T.C. 77/1983, de 3 de octubre, F.J. 4º).

Añade a ello la S.T.C. 159/1985, de 27 de noviembre, F.J. 3º, que

“la regla **impide** el que por **autoridades del mismo orden**, y a través de procedimientos distintos, **se sancione repetidamente la misma conducta**. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la **presunción de inocencia**”.

El art. 94.3 del E.B.E.P., que reconoce este principio en el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos, dispone que

*“Cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración”.*

El principio de prejudicialidad guarda estrecha relación con la vertiente formal o procesal del *non bis in idem*<sup>303</sup>, sobre la que la S.T.C. 177/1999, de 11 de octubre, en su F.J. 3º, señaló que

“la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado,

<sup>303</sup> Como dice NIETO GARCÍA, “si de lo que se trata, en definitiva, es de que *no se apliquen* dos sanciones, el mejor modo de evitarlo es que *no se produzcan*, a cuyo fin lo más eficaz es que *no se tramiten simultáneamente* dos procedimientos, impidiéndose la iniciación (o suspendiéndole si ya está iniciado) de uno hasta que se termine el otro; y si por cualquier causa falla esta medida preventiva y se pronuncian los dos actos sancionadores, se establece cuál de los dos es el que debe aplicarse” (op. cit., pág. 446). Para el mismo autor, la prevalencia de la jurisdicción penal carece de razón de ser “cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo [...], de tal manera que la sanción [...] no es impuesta por un órgano de la Administración sino por uno del Poder Judicial”, ya que entonces deberá ser considerada un “acto jurisdiccional” (ibídem, págs. 446-447). Sin embargo, en el plano del Derecho positivo el art. 10.2 de la L.O.P.J. vendría a desmentir esta argumentación, que el autor remacha postulando la regla de la prioridad cronológica con independencia de la naturaleza del procedimiento (ibídem, págs. 451-452).

[...] lo que significa que la **preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora** ha de ser entendida como una **garantía del ciudadano**, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”.

El F.J. 4º de la misma Sentencia añadía que la perspectiva

“meramente procedimental en que cristaliza la vertiente procesal del *ne bis in idem* [...] no es la única ni la más esencial desde el punto de vista de la función garantizadora que cumple el derecho fundamental aquí concernido”: tal articulación “se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a **evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio**, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos –penal y administrativo sancionador– atribuidos a autoridades de diverso orden. A impedir tales resultados se encamina la **atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales** del enjuiciamiento de hechos que aparezcan, *prima facie*, como delitos o faltas, [...] que descansa en la exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito, y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el texto constitucional.

De lo anterior se desprende que, en el ámbito constitucional cuya determinación nos incumbe, a la hora de tutelar adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser doblemente castigado (*ne bis in idem*) que ostentan los ciudadanos y garantiza el art. 25.1 C.E., **la dimensión procesal antes referida no puede ser interpretada en oposición a la material**, en tanto que esta última atiende **no al plano formal**, y en definitiva instrumental, del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al **sustantivo** que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe **idéntico fundamento** para el reproche penal y el administrativo”.

En resumen, en esta Sentencia el Tribunal hace prevalecer el contenido “garantista” de la vertiente procesal del *non bis in idem* sobre su aplicación como regla de mera prioridad procedimental, haciendo prevalecer, pues, el plano sustantivo del principio sobre la pura prejudicialidad penal.

Más adelante, la S.T.C. 2/2003, de 16 de enero, supuso una explícita revisión de esta doctrina jurisprudencial. Por un lado, su F.J. 3º.a) vinculó la garantía material del *non bis in idem*

“a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (Ss.T.C. 2/1981, F.J. 4º; 66/1986, F.J. 4º; 154/1990, F.J. 3º; y 204/1996, F.J. 2º)”, en tanto que la misma “tiene como finalidad **evitar una reacción punitiva desproporcionada** [...], en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de **previsibilidad de las sanciones**, pues la suma de la pluralidad de sanciones



crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”.

Por otro lado, su F.J. 3º.c) se refiere a la vertiente procesal del mismo principio, que,

“de conformidad con la S.T.C. 77/1983, de 3 de octubre (F.J. 3º), se concreta en la regla de la **preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración** respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los **hechos** a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de **infracción administrativa**, sino también de **delito o falta** según el **Código Penal**. En efecto, en esta Sentencia (F.J. 2º) declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en el art. 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiendo a ‘las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos’. Entre los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 C.E., en lo que aquí interesa, se declaró la **necesaria subordinación** de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la **Autoridad judicial**. De esta subordinación deriva una triple exigencia: ‘a) el necesario **control a posteriori** por la Autoridad judicial de los **actos administrativos** mediante el oportuno recurso; b) la **imposibilidad** de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o **procedimientos sancionadores**, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de **delito o falta** según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la **cosa juzgada**”<sup>304</sup>.

Seguidamente, en el F.J. 6º se analiza

“si se ha producido la reiteración punitiva constitucionalmente proscrita [...]. Desde la **perspectiva material** del derecho fundamental garantizado en el art. 25.1 C.E., el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en **impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente**; de modo que, ni de la infracción de una regla procesal [...] ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora, deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador. [...] A los efectos de ponderar la vulneración del derecho fundamental [...] a no padecer dos sanciones por los mismos hechos con el mismo fundamento”, se subraya que “Frente a lo sostenido en la S.T.C. 177/1999, de 11 de octubre (F.J. 4º), no basta la mera declaración de imposición

<sup>304</sup> La cual, como ya declaró la S.T.C. 77/1983, en su F.J. 3º, “despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por Sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”. O como destaca NIETO GARCÍA, la relevancia de los efectos de la sentencia penal “se despliega en dos direcciones”, que son la paralización de las actuaciones administrativas anteriores y el condicionamiento de las posteriores por el contenido de la sentencia penal. Si ésta es condenatoria, es ello “el máximo exponente del *non bis in idem* y la consagración de una postura ideológica de carácter inequívocamente garantizador de los ciudadanos”, al producirse aquel efecto paralizador; en tanto que “*la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras aunque sus declaraciones sobre los hechos probados pueden incidir sobre la solución administrativa*” (ibídem, págs. 457-459). Debe anotarse que las dos Sentencias aquí comentadas (Ss.T.C. 177/1999 y 2/2003) conocieron de supuestos contrarios al así planteado, pues en ambos se trataba de condenas penales posteriores a la imposición de las respectivas sanciones administrativas.

de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que **en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción** y que el derecho reconocido en el art. 25.1 C.E. [...] **no prohíbe el ‘doble reproche afflictivo’, sino la reiteración sancionadora** de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto”.

Partiendo de los Tratados internacionales suscritos por España y, más en particular, de la jurisprudencia del T.E.D.H., el F.J. 8º de la S.T.C. 2/2003 terminó de delimitar con claridad estos principios:

“Esta **prohibición** dirigida al Estado de no someter a los ciudadanos a un doble o ulterior procedimiento sancionador por los mismos hechos con el mismo fundamento, una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador –administrativo o penal–, constituye uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que la Constitución impone como inherente al **derecho a ser sancionado en el marco de un procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías (art. 24.2 C.E.)** en relación con el derecho a no ser sancionado si no es en las condiciones estatuidas por la ley y la Constitución (art. 25.1 C.E.). Poderosas razones ancladas en el **principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.)** y en el **valor libertad (art. 1.1 C.E.)** fundamentan dicha extensión de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem*.

En el Estado constitucional de Derecho ningún poder público es ilimitado, por tanto, la potestad sancionadora del Estado, en cuanto forma más drástica de actuación de los poderes públicos sobre el ciudadano, ha de sujetarse a estrictos límites. **La limitación de la potestad sancionadora del Estado es condición de legitimidad de su ejercicio en el Estado de Derecho [...]**. Así, de un lado, las restricciones permanentes de la esfera de libertad individual inherentes a la situación de inseguridad derivada de la posibilidad de que el Estado pueda reiterar sus pretensiones punitivas por los mismos hechos sin límite alguno, carecen de todo fundamento legitimador en el Estado de Derecho. De otro, la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), impone límites a la reapertura de cualesquiera procedimientos sancionadores –administrativo o penal– por los mismos hechos, pues la **posibilidad ilimitada de reapertura o prolongación de un procedimiento sancionador** crea una situación de pendencia jurídica, que, en atención a su carácter indefinido, es **contraria a la seguridad jurídica** (por todas S.T.C. 147/1986, de 25 de noviembre, F.J. 3º) [...].

En efecto, la **interdicción constitucional** de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera **procedimientos sancionadores**, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su **grado de complejidad**– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su **naturaleza y magnitud**– pueden **equipararse a un proceso penal**, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal. Dos son las razones que avalan esta limitación. De un lado, la lógica que impone el **principio de proporcionalidad**, en cuanto criterio de ponderación

del contenido de los derechos fundamentales. De otro, la necesariamente **matizada traslación de las garantías del proceso justo al ámbito del procedimiento administrativo sancionador**”, la cual “se condiciona a que se trate de garantías que ‘resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador’ (Ss.T.C. 197/1995, de 21 de diciembre, F.J. 7º; 14/1999, de 22 de febrero, F.J. 3º)”.

Cuando parecía que la S.T.C. 2/2003, aun revisando los pronunciamientos de la que le había precedido, había profundizado en una interpretación del *non bis in idem* que lo modulara para hacer sobresalir más su dimensión sustantiva que la formal o procesal, en su F.J. 9º vuelve a aparecer el principio de prejudicialidad penal. El Tribunal se ve en la obligación de aclarar una cuestión que

“tendría un importante alcance en la ordenación de los procedimientos sancionadores –administrativo y penal. Nos referimos a que de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador –ya sea sustantivo o procesal– contenida en el art. 25.1 C.E., y en su relación con el art. 24.2 C.E. deriva siempre la **anulación de la segunda sanción que se impone. Esta consecuencia, sin embargo, no puede ser extraída de la norma constitucional.** Varias razones sustentan esta afirmación”.

“De un lado, no puede obviarse el hecho de que con carácter general la Administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal”, lo cual “tiene **relevancia constitucional** por cuanto estas reglas plasman la **competencia exclusiva de la jurisdicción penal** en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un **instrumento preventivo** tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador –administrativo y penal– y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos”.

De esta forma, “una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, **la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable** y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal. Esta conclusión se alcanza desde el art. 25 de la Constitución en relación con el art. 117 de la misma”. Del primero dice el Tribunal que “su párrafo primero contiene un límite implícito que afecta al ejercicio de la **potestad sancionadora de la Administración** y consiste en que ésta **sólo puede ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal**, pues en estos casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal [...] En conclusión, **la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar tiene relevancia constitucional**, a pesar de lo sostenido en la S.T.C. 177/1999, de 11 de octubre (F.J. 5º), y en consonancia con la declaración efectuada por la S.T.C. 77/1983, de 3 de octubre (F.J. 3º)”.

A ello añade el F.J. 10º de la S.T.C. 2/2003 que

“Una segunda razón avala la afirmación de que de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* no deriva la anulación de la segunda sanción o del segundo procedimiento sancionador. Esta reside en que la **declaración de responsabilidad penal** se efectúa en un proceso en el que rigen **garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.)** que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), mientras que la declaración de **responsabilidad por infracción administrativa** se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma **modalizada**, lo que implica un **menor contenido garantista** del mismo (por todas Ss.T.C. 18/1981, de 8 de junio, F.J. 2º; 7/1998, de 13 de enero, F.J. 5º; 14/1999, de 22 de febrero, F.J. 3º).

En cuanto a las modulaciones con las que se proyecta el derecho al proceso con todas las garantías se han de resaltar las relativas a la **garantía de imparcialidad**, pues ésta **no** puede predicarse de la **Administración sancionadora** en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales [...], ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración (Ss.T.C. 22/1990, de 15 de febrero, F.J. 4º; 14/1999, de 22 de febrero, F.J. 4º) [...].

Estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, determinan que, en caso de **dualidad** de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla.

De ello deriva que ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha **acotación jurídica de los hechos** ha tenido lugar por un órgano público del que **no puede predicarse la imparcialidad** en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y **sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba**<sup>305</sup>.

En suma, el Tribunal desecha completamente, por los motivos expuestos, el criterio de prioridad cronológica en los procedimientos sancionadores, inclinándose por una regla que da clara primacía al proceso penal, aunque no solamente por razones materiales ni porque éstas sean necesariamente las que revistan mayor importancia<sup>306</sup>. Es relevante, en fin –y he aquí el otro viraje respecto de la S.T.C. 177/1999– la nota según la cual la “absorción” de la sanción administrativa por una condena penal posterior determina la inexistencia de reiteración punitiva, que es el canon empleado para resolver si ha existido o no vulneración de los derechos fundamentales en juego. Se

<sup>305</sup> En lo sustancial, esta doctrina ha sido recogida por la reciente S.T.C. 70/2012, de 16 de abril, F.J. 3º.

<sup>306</sup> La S.T.C. 2/2003 permite la “supervivencia simultánea de dos actos punitivos del Estado que parecen suponer un *bis in idem*, cuya negación pormenorizada constituye la *ratio decidendi* [sic] de la sentencia [...]. La vehemencia de esta sentencia y la ambición de su planteamiento no han podido evitar, con todo, que sigan sin resolver las cuestiones fundamentales que antes se han apuntado”, dice NIETO GARCÍA en cuanto a la actuación compatible de las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa, razón por la cual propugna una solución que se base en la ineficacia, y no en la invalidez, de la sanción reiterativa (ibídem, págs. 455-456).

trata de una línea interpretativa que podría trasladarse, sin mayores esfuerzos, a la potestad disciplinaria de los entes y Administraciones públicas sobre sus empleados.

En lo demás, el F.J. 5º de la S.T.C. 2/2003 también se aparta de su predecesora en la delimitación exacta del contenido de los derechos fundamentales del art. 25.1 de la C.E., que

“consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Ahora bien, la **revisión de la declaración de identidad** efectuada por los órganos judiciales o el análisis directo de su concurrencia, en caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales a pesar de haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, han de ser realizados por este Tribunal respetando los límites de esta **jurisdicción constitucional de amparo**. Por tanto, **se han de comparar los ilícitos sancionados**, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado”.

A la vista de los dos requisitos destacados en el F.J. 8º de la misma S.T.C. 2/2003 –el grado de complejidad del procedimiento y la naturaleza y magnitud de la sanción que se pueda imponer en él–, hemos de preguntarnos si la existencia de una resolución sancionadora no disciplinaria es equiparable a la de una sentencia condenatoria penal, de manera que juegue la prohibición de apertura o reanudación de un procedimiento disciplinario. Si la existencia de una condena penal firme la vedará si se dan las condiciones expresadas por la jurisprudencia constitucional –triple identidad de sujetos, hechos y fundamento–, no parece tan claro que surta automáticamente el mismo efecto una sanción administrativa igualmente firme. Deberá indagarse en esa identidad; y aunque la aplicación del art. 133 de la Ley 30/1992 impida la mera duplicidad de sanciones con independencia de su naturaleza, el supuesto más frecuente, y el que aquí nos interesa más, nos llevará a evitar un eventual solapamiento del proceso penal –no de un procedimiento administrativo sancionador– con un expediente disciplinario, dadas sus consecuencias y las condiciones antedichas. Aquí aflora la conexión del *non bis in idem* con el principio de proporcionalidad en su comprensión

estricta, a saber, como correlación o adecuación entre hecho infractor y sanciones impuestas por su comisión, en razón tanto de su número como de su gravedad<sup>307</sup>.

Por su parte, la S.T.C. 188/2005, de 4 de julio, negó que un precepto que tipificaba como falta disciplinaria muy grave “el haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año” fuera

“consecuencia de la comisión de unos nuevos hechos [...] constitutivos de un ilícito disciplinario, sino que sirve para **volver a castigar unos hechos ya castigados con anterioridad** mediante la imposición de las correspondientes sanciones disciplinarias” (F.J. 4º), añadiendo que “las sanciones indicadas se enmarcan dentro de la potestad disciplinaria de la Administración policial y, consecuentemente, se encuentran dirigidas a asegurar [...] el orden organizativo interno y el correcto funcionamiento del servicio público policial, al objeto de permitir una adecuada realización de las funciones constitucional y legalmente atribuidas a los cuerpos y fuerzas de seguridad, por lo que **todas las referidas sanciones tienen un idéntico fundamento, esto es, protegen un mismo interés jurídico** [...]” (F.J. 5º).

En conclusión, según el F.J. 6º, el precepto “resulta **contrario a la garantía** que representa el **principio non bis in idem en su vertiente material o sustantiva**, en la medida en que [...] se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento. Y, dado que para la imposición de la sanción por la infracción muy grave [...] es necesario seguir un nuevo procedimiento disciplinario distinto a los cumplimentados para la imposición de cada una de las tres (o más) sanciones por la comisión de las tres (o más) faltas graves que integran el tipo cuestionado, [...] la aplicación de dicho precepto implicaría también una **lesión del principio non bis in idem**, pero esta vez desde la **perspectiva formal**, procesal o, si se quiere más correctamente, procedimental”<sup>308</sup>.

A mayor abundamiento, cabe citar la S.T.C. 126/2011, de 18 de julio. F.J. 16º:

“... Como dijimos en la precitada S.T.C. 159/1987, F.J. 2º, ‘en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial **no cabe iniciar [...] un nuevo procedimiento** [...]’. Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada [Ss.T.C. 222/1997, de 4 de diciembre, F.J. 4º; 2/2003, de 16 de enero, F.J. 3º.b); y 229/2003, de 18 de diciembre, F.J. 3º].

Por lo que respecta al objeto de nuestro análisis, a partir de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la S.T.C. 2/2003, de 16 de enero, F.J. 5º, nos compete analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de

<sup>307</sup> “Una vez más, la solución ha de buscarse mediante el análisis de los bienes jurídicos presentes en cada una de las infracciones que se entiendan cometidas aplicando, cuando sea posible, las técnicas concursales” (MARINA JALVO, op. cit., pág. 222).

<sup>308</sup> El Tribunal se aparta así de lo que había resuelto sobre la reincidencia penal en la S.T.C. 150/1991, de 4 de julio, cuya doctrina recuerda la S.T.C. 188/2005 en su F.J. 2º.e).

incurrir en *bis in idem* [...], pues ‘la triple identidad constituye el **presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional** de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y **delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 C.E.**, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento’”.

Pues bien, sentada esta formulación sintética y generalmente válida del principio *non bis in idem*, estamos en condiciones de descartar que la dimensión procesal, en el “sentido originario” que indicaba la S.T.C. 91/2008, resulte de aplicación a la potestad disciplinaria, pues se refiere a la eventual duplicidad de procesos penales, siendo la existencia sucesiva de un proceso penal y de un procedimiento disciplinario el objeto de discusión que aquí nos concierne. Y en lo que hace a la vertiente material, en la parte ya citada de nuestro estudio destacábamos la posibilidad de exigencia de las dos clases de responsabilidad a los empleados públicos<sup>309</sup> merced a la no identificación entre el fundamento de la persecución penal y el de la activación de la potestad disciplinaria, lo que habilitaría la exclusión del *non bis in idem*.

Con ello quedaría desechada la idea según la cual el régimen disciplinario consiente la doble exigencia de responsabilidad como ruptura del *non bis in idem* por tratarse de un ámbito en el que se difuminan los principios del Derecho sancionador, argumento que no hace sino retrotraernos a la vieja teoría de las relaciones de sujeción especial<sup>310</sup>. La vigencia de este principio admite aquí la duplicidad de sanciones, penal y disciplinaria, por faltar uno de sus tres presupuestos –la identidad de fundamento–, dado que el bien jurídico protegido por el ejercicio de esa potestad puede reconducirse a los principios rectores de las Administraciones Públicas *ex* art. 103 de la C.E., cuya importancia en la ética pública hemos subrayado y cuya “común raíz” constitucional

<sup>309</sup> Junto con la patrimonial, en los términos del art. 94.1 del E.B.E.P. Vid. GRECIET GARCÍA, *op. cit.*, pág. 88.

<sup>310</sup> Las cuales “no justifican sin más la posibilidad de sancionar penal y disciplinariamente un mismo hecho ni, en última instancia, permiten afirmar que los intereses o bienes jurídicos protegidos por el Derecho disciplinario sean siempre diferentes de los tutelados por el Derecho penal” (MARINA JALVO, *op. cit.*, pág. 191), a lo que esta autora añade que “la postura tradicional en cuya virtud el ilícito penal protege el orden social general [...] y el ilícito disciplinario pretende asegurar el buen funcionamiento del servicio, puede ser rebatida argumentando que el ataque al primero de los bienes jurídicos lleva implícito el ataque al segundo” (ibídem, pág. 194), por lo que, cometido un delito típico de funcionario, “debe ser rechazada la posibilidad de una sanción disciplinaria acumulada a la pena impuesta por los Tribunales de la jurisdicción penal. Lo dicho, sin embargo, no supone aceptar que el fin específico del Derecho disciplinario [...] pueda ni deba ser satisfecho por el Derecho penal” (ibídem, pág. 196).

comparten con los que presiden este régimen. Y ello teniendo siempre presente la necesidad de la interpretación proporcionada y restrictiva de un eventual *bis in idem*, que deberá contar con un mínimo apoyo normativo, aparte de con la expresa justificación constitucional<sup>311</sup>.

- i) Por último y al margen de la literalidad del art. 94 del E.B.E.P., algún autor ha recordado, aduciendo elementales razones de buena gestión organizativa, la necesaria aplicabilidad del principio de **intervención mínima** al Derecho disciplinario en su aplicación efectiva por las Administraciones, “únicamente empleando la indispensable potestad punitiva del Estado en aquellas infracciones con una verdadera incidencia en el servicio público”<sup>312</sup>. La idea de la potestad sancionadora como *ultima ratio* para el restablecimiento del orden jurídico se sitúa en concordancia con lo consagrado por la dogmática y la jurisprudencia penal y, en suma, como una formulación más del principio de proporcionalidad, si bien debe ser puesta en relación con la aplicación de estos mismos principios referidos al Derecho penal<sup>313</sup>.

Otros autores han postulado, igualmente, la aplicación de tres de los principios del art. 8 del C.P. a este ámbito: **especialidad, subsidiariedad y consunción**, además del *in dubio pro reo*<sup>314</sup>. Si éste puede tener acogida en los que hemos ido enunciando hasta aquí, los tres anteriores se encuentran en ese precepto del Título Preliminar del Código Penal, pero no entre las “garantías penales”, que vendrían a identificarse con los principios ya examinados (arts. 1 a 6), sino entre las normas de “aplicación de la ley penal”, al regular el concurso de leyes<sup>315</sup>, por lo que serían más bien criterios de

<sup>311</sup> En el mismo sentido vid. NIETO GARCÍA, op. cit., págs. 466-468, en las que plantea el supuesto en el que la condena penal constituye, por sí sola, la falta disciplinaria que lleva aparejada sanción; este autor concluye que, en general, “cuando se trata de un eventual conflicto entre una condena penal y una sanción administrativa, por definición una y otra han de tener distinto fundamento normativo (sin contar con la probable diferencia de los bienes jurídicos protegidos y de los intereses en juego)” (ibídem, pág. 495).

<sup>312</sup> LORENZO DE MEMBIELA, “La tipicidad...”, op. cit., págs. 1.175-1.176. MARINA JALVO afirma que “frente al carácter fragmentario del Derecho penal, el Derecho disciplinario podrá reaccionar frente a cualquier hecho susceptible de alterar el buen funcionamiento del servicio, castigando, en consecuencia, ataques más leves a bienes jurídicos o intereses menos relevantes y más difusos. Por otro lado, las sanciones disciplinarias persiguen al igual que las penas fines de intimidación, prevención, represión y corrección” (op. cit., pág. 95).

<sup>313</sup> Así, “tampoco debe olvidarse que la reacción penal no se da frente a cualquier ilícito de relevancia social, sino, en virtud de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, sólo frente a aquellos que atacan de forma especialmente grave a los bienes jurídicos más importantes. Desde esta perspectiva, la afinidad del Derecho penal y del Derecho disciplinario resulta escasa” (MARINA JALVO, op. cit., pág. 106).

<sup>314</sup> IVARS RUIZ y MANZANA LAGUARDA, op. cit., pág. 72.

<sup>315</sup> Señala NIETO GARCÍA, en conexión con la triple identidad de sujeto, hechos y fundamento determinante del *bis in idem*, que “si hasta ahora se daba importancia a la existencia de dos normas



carácter funcional<sup>316</sup> o cuasi-instrumental<sup>317</sup>, más que principios dotados de una dimensión jurídico-constitucional en sentido estricto.

#### **4.2. Otros derechos: el empleado público como administrado.**

Por último y al margen de los principios del Derecho sancionador en su aplicación a la responsabilidad disciplinaria del empleado público, puede y debe considerarse discutible que aquél al que, por su conducta supuestamente infractora, se incoe un expediente disciplinario pueda ejercer los **derechos de configuración legal que se reconocen al administrado** en el art. 35 de la Ley 30/1992, al que se remite su art. 135 *in fine* cuando recoge los derechos del presunto responsable en el procedimiento sancionador. De ese art. 35 se ha señalado que “ha codificado una serie de derechos de los ciudadanos [...], muchos de los cuales tienen un indudable carácter procedimental y concretan de alguna forma los principios generales antes aludidos”, que no son otros

---

distintas ahora se entiende que el fundamento se encuentra en la calificación de ilícito. O dicho con otras palabras: la identidad de fundamento supone que en las dos normas el reproche se ha materializado en el mismo tipo. Tesis que lógicamente obliga a los tribunales a realizar un análisis cuidadoso de las normas concurrentes para averiguar si se trata efectivamente de un mismo tipo (lo que implicaría la aplicación del *non bis in idem*) o de dos tipos aparentemente idénticos pero con algún elemento diferencial que eliminaría la ‘identidad de fundamentos’ abriendo paso a la doble sanción” (op. cit., págs. 470-471), teniendo que ser analizados ambos tipos para apreciar si se da esa identidad o si son “concéntricos, también llamados consuntivos, es decir, todos los elementos del primero están incluidos en el segundo, pero éste añade o especifica algunos más”, con lo que absorbería a aquél (ibídem, págs. 473 y 477), si bien debe tenerse presente que la efectividad de estas técnicas concursales está supeditada a su uso por el mismo órgano sancionador, por medio del mismo procedimiento (ibídem, págs. 478-479).

<sup>316</sup> El citado precepto del C.P. dispone que “*Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: El precepto especial se aplicará con preferencia al general. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*”. Este último criterio, el de alternatividad, no se incluye entre los arriba indicados, sin duda porque su invocación puede considerarse adversa al *in dubio pro reo*, más allá de que carezca de reconocimiento expreso en el régimen disciplinario y de que pueda contravenir alguno de los principios aquí estudiados, como el de proporcionalidad. Su aplicación aquí, dice MARINA JALVO, “diste de ser clara [...]”, pues “choca con la dificultad de determinar cuál es la sanción más grave, habida cuenta de la diferencia de naturaleza y efectos que existe entre las sanciones gubernativas y las disciplinarias” (op. cit., pág. 223).

<sup>317</sup> Para NIETO GARCÍA, que incluye el de alternatividad para entenderlo sustituido por el de consunción, “estos tres criterios valen también para el Derecho Administrativo Sancionador cuando se trata de un concurso de normas intraordinamental, es decir, cuando son dos leyes del Ordenamiento jurídico administrativo; en cambio, cuando la concurrencia es interordinamental (es decir, una ley penal y otra administrativa), rige inicialmente el criterio de la *subsidiariedad de la norma administrativa*, en cuanto que ésta sólo entrará en juego cuando no haya sido aplicada la ley penal” (op. cit., pág. 481), afirmación que habremos de matizar en función de la configuración del *non bis in idem* en el Derecho disciplinario de los empleados públicos.

que los que presiden la interpretación y aplicación de la Ley 30/1992 (art. 3), derivados, a su vez, de los arts. 9.3, 103 y 105 de la C.E.<sup>318</sup>

Una lectura literal del art. 35 conduciría a una respuesta negativa, dado que se trata de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, las cuales son de *sujeción general*, en el entendido de que el vínculo que tienen con ellas es extrínseco, incluyendo el caso en que son interesados en un procedimiento iniciado por la comisión de una infracción administrativa no disciplinaria.

Con todo, otros argumentos abonan la solución contraria, o al menos matizan la así aportada: algunos de los derechos del art. 35 tienen una *zona de equivalencia* con los del presunto responsable en el procedimiento disciplinario y, de ese modo, extenderían su eficacia sobre éste y no sólo sobre el sancionador general, teniendo en cuenta que en el desarrollo legal de uno y de otro ha de garantizarse siempre, y no sólo “cuando proceda”, la audiencia del interesado (art. 105.c) de la C.E.)<sup>319</sup>; otros derechos son, justamente, desarrollo directo de la C.E., en particular de su art. 105.b), que reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos<sup>320</sup>, de modo que tampoco cabría denegar su ejercicio en la tramitación de ningún expediente; y, en buena medida, todos los derechos del art. 35 de la Ley 30/1992 vienen a confirmar el presupuesto del que partimos: el empleado público es interesado en el procedimiento disciplinario en la misma medida en que lo es el ciudadano en cualquier procedimiento administrativo, no teniendo con la Administración ninguna suerte de relación de

<sup>318</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, op. cit., págs. 17-18.

<sup>319</sup> Es lógico pensar que aquí se incardinarian los derechos del art. 35 en sus letras d), “*A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico*”, y e), “*A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución*”. Otros derechos relacionados, que se situarían en la órbita de los principios del procedimiento disciplinario, serían los de las letras b), “*A identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos*”, i), “*A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones*”, y j), “*A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente*”.

<sup>320</sup> Así. los de las letras a), “*A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos*”, o h), “*Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes*”, que supone una remisión a los arts. 37 y 38 de la misma Ley 30/1992, así como a la legislación especial a la que éstos reenvían. De igual modo y al lado de los anteriores, cabría citar derechos conexos a éstos, como los de las letras c), “*A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento*”, ó f), “*A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante*”.

*sujeción especial* cuya existencia pudiera llevar a interpretar restrictivamente los derechos de los que sea titular y que esté habilitado para ejercer<sup>321</sup>.

En suma, habrá de estarse a la configuración singular de cada uno de los derechos *ex art. 35* para comprobar su grado de adecuación a cada supuesto en el que se active la potestad disciplinaria de los entes y Administraciones Públicas, conforme a una orientación favorable a su vigencia con ocasión del ejercicio de la misma.

---

<sup>321</sup> A pesar de todo lo anterior, no parece que pueda trasladarse al ámbito disciplinario el derecho del art. 35.g), “*A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar*”.

## 5. EL “CARÁCTER IRRADIANTE” DE LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA: SU EXTENSIÓN AL PERSONAL AL SERVICIO DE LOS PODERES PÚBLICOS.

Dada la formulación de todos estos principios y su naturaleza constitucional, estamos en condiciones de considerar fuera de discusión su alcance expansivo e irradiante; y ello no ya al personal al servicio de las Administraciones Públicas, sino al que lo está al de cualesquiera entes y poderes públicos en sentido amplio, sin necesidad, siquiera, de recepción ni de invocación en las normas que específicamente aborden su estatuto jurídico y su régimen disciplinario.

Son varias las ocasiones en que, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha hecho alusión al “**carácter irradiante**”<sup>322</sup> o “**efecto irradiación**”<sup>323</sup> de un determinado principio, instituto o derecho sobre los que le son afines o pertenecen a una categoría similar o próxima. Así, el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia sobre las *libertades preferentes* de expresión e información, ha importado la *Ausstrahlungswirkung* de su homólogo alemán para justificar la primacía de esos derechos fundamentales en su colisión con otros reconocidos en el Título I de la C.E.<sup>324</sup>, en los que, por lo demás, aquéllas encuentran el límite que señala su art. 20.4; sin menoscabo, claro está, de otras limitaciones que les serían de aplicación en garantía de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En Sentencias más recientes, el Alto Tribunal ha sido más cauto –quizá demasiado– a la hora de determinar el significado de la “irradiación” como parámetro interpretativo general; así en la S.T.C. 37/2012, de 19 de marzo, F.J. 12º, en la que recuerda la siguiente diferencia:

---

<sup>322</sup> Para este mismo punto y en torno al *favor libertatis*, vid. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, págs. 321-322.

<sup>323</sup> De entre las acepciones que de “irradiar” nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, entendemos que la tercera es la que se ajusta a nuestro propósito: “transmitir, propagar, difundir”, que es lo que puede predicarse de los principios aquí estudiados, dada su eficacia y su *vis expansiva* hacia campos que, aun no lejanos y en una interpretación del ordenamiento ajena a su naturaleza, les habrían de estar vedados.

<sup>324</sup> La S.T.C. 112/2006, de 5 de abril, contiene lo esencial de esta doctrina sobre la “eficacia irradiante” de las libertades públicas de los arts. 20.1.a) y d) de la C.E., sentada ya desde las Ss.T.C. 107/1988, de 8 de junio; 85/1992, de 8 de junio; y 219/1992, de 3 de diciembre.

“Por lo demás, no corresponde al Tribunal Constitucional determinar cuál sea la interpretación preferible cuando son posibles –dentro de la Constitución– distintas interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria, y entre ellas pueda identificarse alguna que acaso hubiera respondido más plenamente a los valores incorporados a los derechos fundamentales u otros preceptos constitucionales, pues **una cosa es la garantía de los derechos fundamentales**, tal y como le está encomendada a este Tribunal, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad (por todas, Ss.T.C. 77/2002, de 8 de abril, F.J. 3º; 211/2002, de 11 de noviembre, F.J. 2º; 103/2003, de 2 de junio, F.J. 3º; 45/2004, de 23 de marzo, F.J. 4º; y 65/2011, de 16 de mayo, F.J. 2º)”.

Además, se ha afirmado, prescindiendo de esta distinción, que la plasmación más relevante del “mayor valor” de los derechos fundamentales “se halla en la *fuerza expansiva* que estos derechos poseen; dicho de otra forma, en la vocación de irradiar todo el Ordenamiento jurídico [...]. La fuerza de irradiación de los derechos fundamentales acentúa, por tanto, el carácter vertebrador que los mismos tienen. Éstos ya no son sólo exclusivo patrimonio del individuo, antes bien se han convertido en un bien de la sociedad en su conjunto”, con la consecuencia de la interpretación restrictiva de las normas limitativas de esos derechos: tales caracteres “no autorizan a creer que los derechos fundamentales conocen límites *particulares* en las *especiales* relaciones de sujeción [...] Los límites expresos que han quedado sembrados en la Constitución, tampoco permiten en estas relaciones una aniquilación total del derecho”<sup>325</sup>.

Para PRESNO LINERA el “efecto irradiante” deriva de la “dimensión objetiva de las normas que garantizan derechos fundamentales”, de manera que “Hablamos del *efecto irradiante* para expresar de manera gráfica la necesaria proyección que ha de tener el derecho fundamental como norma de principio en todos los sectores del ordenamiento jurídico [...], si bien, como resulta fácilmente comprensible, la incidencia no será la misma en todos los sectores normativos [...]. En lo que a poderes creadores de derecho se refiere, el efecto irradiante se manifiesta en la obligación que se les impone de que tengan bien presentes los derechos fundamentales en su labor normativa; en especial, por lo que respecta al legislador, le está prohibido desconocer la eficacia de los derechos en las regulaciones, orgánica y ordinaria, tanto de las relaciones jurídico-públicas como de las jurídico-privadas. Pero no se trata tan sólo de que no contravenga el contenido esencial de los derechos, sino de la obligación de disciplinarlos de la manera más favorable para su observancia [...]. Por lo que respecta a los integrantes del

<sup>325</sup> LÓPEZ BENÍTEZ, op. cit., págs. 406-409.

Poder Judicial, la irradiación les obliga a que en su labor aplicativa del ordenamiento controlen la adecuación de las concretas normas en presencia a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales”<sup>326</sup>.

De otra parte, con la “eficacia irradiante” de los convenios colectivos –cuyo valor respecto del principio de legalidad disciplinaria ya hemos visto– se quiere dar a entender aquella capacidad de vinculación que hace que su fuerza de obligar se superponga a las relaciones laborales nacidas de los respectivos contratos particulares, de tal suerte que el contenido de aquéllos termina por incidir en el de éstos de manera decisiva, desplegando así sus efectos<sup>327</sup>. Ello sería trasladable, con las debidas reservas, a la negociación colectiva en el empleo público, en los términos dispuestos en los arts. 31 a 38 del E.B.E.P. –en particular este último, para los Pactos y Acuerdos– y siempre con apoyo en el art. 37.1 de la C.E., que defiere a la ley la garantía de esa fuerza vinculante de los convenios.

Aquí, desde luego, nos interesa más aquella acepción, que si bien ha encontrado campo preferente de aplicación en la *Drittwirkung der Grundrechte*, esto es, en la “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no por ello pierde operatividad en el área de actuación de los poderes públicos; antes al contrario. Se ha recordado la construcción de la jurisdicción constitucional alemana siguiendo la estela de algún autor que, oportunamente, ha traído a colación una idea central para entender lo que aquí nos proponemos exponer, importada rápidamente por nuestro Alto Tribunal y según la cual “los derechos fundamentales están dotados de una *vis expansiva* que propaga su influencia a todas las esferas del poder... Este Tribunal [el alemán] se ha encargado de poner de relieve este ‘efecto irradiación’ al señalar que ‘las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia’. BVerfGE 7, 198 (203)”<sup>328</sup>.

<sup>326</sup> Op. cit., págs. 53-54.

<sup>327</sup> Vid. GARCÍA MURCIA, “Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68, 2007, págs. 25-50.

<sup>328</sup> CATALÀ I BAS, “La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 4, VII Jornadas de la Función Consultiva, julio-diciembre 2005, pág. 196.

Como ha destacado un autor del prestigio de Robert ALEXY, “Los conceptos centrales de esta construcción son el de valor y el de lo objetivo”, que explica como sigue: “[...] la axiología del Tribunal Constitucional Federal puede ser reformulada como una teoría de principios que no está expuesta a las numerosas objeciones que se han hecho valer en contra de la teoría de los valores o que puede ser defendida frente a ellas [...]. El carácter objetivo no puede consistir en el hecho de que los principios iusfundamentales, en tanto principios supremos del sistema jurídico, no tienen nada que ver con posiciones individuales. Esto contradiría la orientación básica de los derechos fundamentales referida al individuo y sería incompatible con el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal percibe en el orden objetivo de los valores la expresión de un ‘reforzamiento básico de la fuerza de validez de los derechos fundamentales’ y fundamenta con él derechos individuales. Por lo tanto, no se trata de una concepción del carácter objetivo en el sentido de ‘meramente objetivo’”<sup>329</sup>.

Al cabo, esa eficacia irradiante de los derechos fundamentales en cuanto principios tampoco debe perder de vista, según ALEXY, la perspectiva de origen en virtud de la cual, según la teoría clásica, se configuran como derechos subjetivos. “Lo que importa en la construcción del Tribunal”, continúa este autor, “es justamente que los principios de derecho fundamental influyan en el sistema jurídico *en tanto* principios objetivos”, para rematar su discurso concluyendo que “Es de suponer que se está pensando en este tipo de principios, producto de esta triple abstracción, cuando se habla de ‘decisiones básicas de derecho constitucional’, de ‘normas básicas que deciden acerca de los valores’, de ‘decisiones valorativas’, etc., o simplemente de las ‘ideas dominantes en la Ley Fundamental’ que irradian en todos los ámbitos del derecho”<sup>330</sup>.

Más allá de estas consideraciones doctrinales, en España, ya desde la S.T.C. 25/1981, de 14 de julio, F.J. 5º, se viene a acoger esa **doble dimensión**, subjetiva e institucional, de los **derechos fundamentales**<sup>331</sup>, que nuestro constitucionalismo importa y hereda del acervo internacional europeo<sup>332</sup>:

<sup>329</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., 2ª reimpr., trad. de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, págs. 465-466.

<sup>330</sup> *Ibidem*, págs. 466-467.

<sup>331</sup> Como consecuencia de lo cual, para Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, al margen de cualquier situación jurídica concreta, en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por los poderes públicos [...]. Ello conduce a lo que se ha llamado la ‘fuerza expansiva de los derechos fundamentales’, ya que

“... Ello resulta lógicamente del **doble carácter** que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son **derechos subjetivos**, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son **elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional**, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el **art. 10.1 de la Constitución**, a tenor del cual ‘la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son **fundamentos del orden político y de la paz social**’. Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto).

En el segundo aspecto, en cuanto **elemento fundamental de un ordenamiento objetivo**, los derechos fundamentales dan sus **contenidos básicos** a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del **Estado social y democrático de Derecho**, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son **elemento unificador** [...]. Los derechos fundamentales son así un **patrimonio común de los ciudadanos** individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.

También la eventual limitación o suspensión de derechos fundamentales tiene una dimensión nacional. Esta **limitación o suspensión** de derechos fundamentales en una **democracia**, sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto **derechos subjetivos** para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el **ordenamiento objetivo** de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático”.

---

éstos tienden a impregnar la aplicación de toda la legislación y, en definitiva el funcionamiento del entero ordenamiento jurídico” (*Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 63; vid. asimismo págs. 64-65).

<sup>332</sup> No en vano, la fórmula del art. 25.1 de la C.E. está directamente inspirada en el art. 7.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales –Convenio de Roma o C.E.D.H.–, de 4 de noviembre de 1950 –ratificado por España el 26 de septiembre de 1979–; siendo un principio común a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De ahí que sostengamos ese carácter irradiante al ejercicio de la potestad disciplinaria en el seno de todos los poderes públicos: porque forma parte, al máximo nivel, de lo que se ha dado en llamar “patrimonio constitucional europeo”.



Todo lo anterior resulta particularmente apto para calificar los principios del ejercicio de la potestad disciplinaria por los poderes y entes públicos de toda especie, ya que se trata de una concepción que, como es típico del constitucionalismo de la segunda posguerra y al continuar vigente en nuestros días, incorpora un relevante componente axiológico que dota de contenido material y, en suma, de eficacia *erga omnes* a dichos principios. Y ello no sólo en su veste de derechos subjetivos, sino también y sobre todo, en su perfil netamente objetivo o, si se nos permite la redundancia, “principal”, que hace de ellos verdaderos fundamentos del Estado de Derecho, con una función integradora de éste y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

De la misma forma, la restricción de los mismos y, por añadidura, la limitación de su ámbito de aplicación sólo podría venir motivada y, por ende, encontrar su justificación en el servicio a un fin superior vinculado a los valores axiales del Estado constitucional, que presiden toda la interpretación y aplicación de su ordenamiento, como son los que proclama el art. 1.1 de la C.E.: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político; y todo ello en función de los principios de interpretación en la aplicación de las normas, que “pretenden suministrar razones en los casos en que no exista una norma reglada, o incluso si existe, para orientar a los operadores competentes”, teniendo en cuenta, asimismo, que “los derechos, cuando no se realizan en su dimensión subjetiva, con titularidades individuales, sino en su dimensión objetiva, actúan también como principios”<sup>333</sup>.

Por todo ello, se justifica la extensión integral de los principios del art. 94.2 del E.B.E.P. desde el personal de las que éste considera “Administraciones Públicas”<sup>334</sup>, y que enumera su art. 2.1 –que comprende, además de las Administraciones territoriales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas–, tanto el funcionario como, con pocas dudas, el laboral (art. 7), al ámbito subjetivo que, excluido *a priori* de esta

---

<sup>333</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, FERNÁNDEZ GARCÍA y DE ASÍS ROIG, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 347. Vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

<sup>334</sup> Esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Administraciones de las Entidades Locales, a cuyo personal funcionario se dedica el art. 3 del E.B.E.P., refiriéndose, por lo demás, los aps. 3 y 4 del art. 2 al personal docente y al estatutario de los Servicios de Salud, y el art. 5 al de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos.

Ley, se halla comprendido dentro de su art. 4. Según éste, las disposiciones del Estatuto sólo se aplicarán directamente al personal englobado en dicho precepto cuando así lo establezca su legislación específica: se trata del personal funcionario de las Cortes Generales y demás órganos constitucionales del Estado y estatutarios de las CC.AA., comenzando por sus Asambleas Legislativas; los Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia; el personal militar de las Fuerzas Armadas; el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; el personal retribuido por arancel; el personal del Centro Nacional de Inteligencia; y el del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito. Se trata de lo que PALOMAR OLMEDA ha llamado “régimenes especiales ‘externos’” –por contraposición a los ‘internos’ del art. 2–, susceptibles de una “aplicación directa por ‘llamamiento’ de las normas de función pública que se corresponden con órganos constitucionales o de otros Poderes diferentes al Ejecutivo”<sup>335</sup>.

Pues bien, con respecto a esa amplia tipología de empleados públicos, pensamos que ni siquiera sería necesario ese llamamiento, intermediación o *interpositio legislatoris* para entender vigentes tales principios; y ello debido al carácter irradiante que hemos predicado de ellos, que elimina cualquier eventual condicionamiento de su eficacia: ésta es directa sin que quepa estimar constitucionalmente lícito que, en la normativa singular de esas categorías de personal, se encuentren resquicios merced a los cuales tales principios escapen a su localización entre los cimientos de su régimen disciplinario. Si la potestad encargada de aplicar éste se concibe como una manifestación de la sancionadora general y el art. 127.1 de la Ley 30/1992 afirma que esta última se encuentra “*reconocida por la Constitución*”, los principios constitucionales en que se fundamenta han de poder propagarse a cualesquiera entes públicos aun cuando no se cumpliera totalmente la condición dispuesta por ese mismo precepto, esto es, el reconocimiento expreso o la atribución de aquella potestad en una norma con rango de ley<sup>336</sup>. La naturaleza irradiante de los principios aquí estudiados vendría a suplir la atribución de la potestad disciplinaria –y, por tanto, la extensión de sus principios– sólo a las “Administraciones Públicas” *stricto sensu* ex art. 94.1 del E.B.E.P., en paralelo a lo que dispone el propio art. 127.1 citado.

<sup>335</sup> PALOMAR OLMEDA, “Título I...”, op. cit., pág. 60.

<sup>336</sup> Pensamos, en particular, en el personal al servicio de los órganos constitucionales del Estado o de los estatutarios de las CC.AA., dentro de todos los que enumera el art. 4 del E.B.E.P.

No se haría necesario invocar aquí el carácter supletorio que el art. 2.5 del E.B.E.P. consagra para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación: entre otros motivos, porque sólo una interpretación amplia, en sentido material, de este precepto haría coincidir totalmente el ámbito de sus destinatarios con el círculo incluido dentro del art. 4. En razón de ese mismo carácter irradiante, cabría incluso postular la aplicabilidad de dichos principios al personal al que alude la D.A. Primera del E.B.E.P.<sup>337</sup>: ésta se refiere, entre otros, a los artículos por los que se establecen los deberes de los empleados públicos y el Código de Conducta, lo que hace coherente y aun necesario, de acuerdo con lo que aquí propugnamos, que los principios del art. 94.2 se extiendan también a ese personal, aunque este precepto no figure expresamente mencionado en tal disposición.

Así pues y en síntesis, nos encontramos en presencia de auténticas normas de aplicación general, que vinculan de una manera positiva, y no meramente negativa, a todos los poderes públicos, según el efecto que para los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la C.E. dispone su art. 53.1<sup>338</sup>, el cual abarca la regulación por ley y el respeto de su contenido esencial, además de la posible interposición, en su caso, del recurso de inconstitucionalidad ex art. 161.1.a).

Y son, además, derechos fundamentales en el concepto del art. 53.2, por lo que gozan del máximo grado de protección de entre todos los que dispensa tal precepto constitucional, pudiendo recabarse su tutela ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento preferente y sumario y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; si bien su recepción normativa no ha precisado de una Ley Orgánica a tenor del mandato del art. 81.1 de la C.E., pues el E.B.E.P., propiamente, no *desarrolla* estos principios confiriéndoles una regulación completa y exhaustiva<sup>339</sup>, sino

---

<sup>337</sup> Según la misma, “*Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica*”. Por lo común, se trata de entes instrumentales con forma jurídica privada, societaria o fundacional, que cuentan con personal laboral a su servicio.

<sup>338</sup> Así se declara en las Ss.T.C. 15/1982, de 23 de abril; 254/1993, de 20 de julio; y 31/1994, de 31 de enero, entre otras.

<sup>339</sup> Misión, por otra parte, imposible para el legislador, pues la propia “irradiación” de esos principios *impregnará* todo el ordenamiento por su valor constitucional; ocurriría aquí algo similar, por lo demás, a lo que afecta a las leyes procesales, según dijo ya la S.T.C. 22/1986, de 14 de febrero, F.J. 3º. Además, la jurisprudencia constitucional ha defendido siempre una tesis restrictiva en relación con la reserva de ley orgánica (por todas, Ss.T.C. 160/1987, de 27 de octubre, F.J. 2º; 127/1994, de 5 de mayo, F.J. 3º), concretada en la S.T.C. 25/1984, de 23 de febrero, F.J. 3º, para la materia sancionadora: “... que esta reserva de Ley en materia penal implique reserva de la Ley Orgánica, es algo que no puede deducirse sin

que se limita a *plasmarlos* en su texto, remitiendo al concepto que de ellos se tiene en el acervo jurídico que, formado por la doctrina pero también, y sobre todo, por la jurisprudencia ordinaria y constitucional, ha ido elaborándose en torno a ellos.

---

más de la conexión del art. 81.1 con el mencionado art. 25.1. El desarrollo al que se refiere el art. 81.1 y que requiere Ley Orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los ‘derechos fundamentales’”.

## 6. CONCLUSIONES.

- El concepto de “legislación básica” decantado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es llevado por el Estatuto Básico del Empleado Público (E.B.E.P.) a sus últimas consecuencias, hasta el punto de responder fielmente al esquema normativo bases-desarrollo. Se exige con ello un complemento tanto por la Ley estatal como por las autonómicas para entender plenamente realizada la tarea del legislador básico; tanto por lo que suponen las “bases” en el sistema de distribución competencial derivado de la Constitución Española de 1978 como en su concreción en el régimen jurídico de la función pública. Se aseguran así unos mínimos que son objeto de la regulación básica estatal y, a la vez, un margen de configuración normativa en su desarrollo legislativo por los entes territoriales descentralizados –esto es, las Comunidades Autónomas– que sirve de complemento necesario de esas bases.

El régimen disciplinario de los empleados públicos, que comprende una parte de su estatuto jurídico fuertemente imbuida de los principios constitucionales, no sería una excepción a esa distribución de la capacidad legislativa; antes bien, se erigiría en una confirmación singular de la misma. Al estar fundada la potestad disciplinaria en los principios del Derecho sancionador, que reúnen, además, la naturaleza de derechos fundamentales, se justifica su regulación dotada de un grado elevado de uniformidad o, al menos, de homogeneidad, confiriendo un importante alcance a las bases y una capacidad legislativa a las Comunidades Autónomas que, sin ser muy amplia, existe y puede ser aprovechada por éstas siempre que se respeten aquellos principios: sobre todo, el de legalidad en la tipificación de las infracciones y sanciones.

- La ética del empleado público tiene antecedentes valiosos en otros países –en especial, los anglosajones–, dadas las tendencias comparadas que en las últimas décadas se han propuesto influir en las reglas jurídicas de la Administración Pública, aunque también en su praxis; además de plasmarse en el reconocimiento del derecho subjetivo de los ciudadanos “a la buena administración” en la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea; y, asimismo, en el Derecho internacional. Ello ha dado lugar a la aparición de códigos éticos que, a modo de listados de “buenas prácticas”, han intentado establecer parámetros o guías de conducta en el seno de las Administraciones, carentes muchas veces de la eficacia de los clásicos deberes, pero de más fácil adaptación a las pautas de funcionamiento real de las Administraciones Públicas, por su carácter de recomendaciones o de *soft law*.

- En consonancia con lo anterior, la “raíz hipotética” del régimen disciplinario residiría, descendiendo al nivel normativo en España, en el catálogo de deberes que para los empleados públicos se establecen en los arts. 52 a 54 del E.B.E.P. Estos preceptos incorporan a la Ley 7/2007 un conjunto de principios éticos y de conducta, encontrando un fundamento teórico en la concepción que PECES-BARBA postula de la ética pública por distinción de la privada, como moralidad recibida en el texto constitucional y proyectada sobre todo el ordenamiento jurídico por decisión del poder constituyente, para informar la labor de los poderes constituidos –el legislador, el Gobierno y la Administración, los Tribunales– en la realización de sus funciones y en la efectividad de los derechos de los ciudadanos, también reconocidos y garantizados por la Constitución.

El origen último de dichos deberes, desde la óptica del Derecho positivo, se sitúa, pues, en la Constitución Española de 1978. Ello en la medida en que los principios que rigen la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, singularmente el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; los de eficacia en su actuación, seguridad jurídica y objetividad en el servicio a los intereses generales (arts. 9, aps. 1 y 3, y 103.1 de la C.E. de 1978); y el de imparcialidad en el ejercicio de las funciones de los empleados públicos (art. 103.3), constituyen la “raíz real” de la configuración legal del régimen disciplinario de estos últimos, que de esta forma se basa, en última instancia, en los principios y valores fundantes del Estado social y democrático de Derecho, proclamados en el art. 1.1 de la C.E. El E.B.E.P. comparte estos elementos axiológicos con otras Leyes administrativas que le han precedido y que, igualmente, han desplegado tales principios en sus campos respectivos, resumiéndose su papel en la elevación de la confianza de los ciudadanos al plano del deber-ser en la actuación de los poderes públicos en general y las Administraciones en particular.

En el incumplimiento de esos deberes por los empleados públicos, al seguirse de él la eventual comisión de una infracción, descansaría la posibilidad de ejercicio de la

potestad disciplinaria por el ente público o Administración en la que aquéllos prestan servicio. Aunque la configuración de esos deberes en la Ley, su discutida y variable eficacia jurídica y su no correspondencia exacta con las infracciones tipificadas en el Título VII del E.B.E.P., rasgos que han sido objeto de crítica doctrinal, podrían desmentir tan estrecho vínculo entre aquéllos y éstas, su derivación constitucional se erigiría en elemento compartido capital de unos y otras; al margen de que el propio E.B.E.P. les atribuye valor interpretativo en la realización de esa potestad, lo que les hace asumir un carácter inspirador de todo el estatuto jurídico del empleado público.

- Además de los principios *clásicos* del Derecho sancionador general, el de imparcialidad y los de igualdad, mérito y capacidad, ligados al acceso y progresión en el empleo público y de los que el derecho del funcionario de carrera a la inamovilidad vendría a revestir un carácter instrumental, son capitales para entender en un contexto normativo global el régimen disciplinario de los empleados públicos, con particular incidencia en los funcionarios de carrera.

Asimismo, la legislación sobre incompatibilidades busca preservar estos mismos principios al tener idéntico anclaje constitucional, tanto en el servicio objetivo a los intereses generales como en los demás efectos que se desprenden de su integración en el estatuto de esos empleados. Todos estos principios comparten su origen constitucional con los anteriores –que alcanzan la categoría de derecho fundamental en relación con las funciones públicas, *ex art. 23.2 de la C.E.*– y con los que rigen el ejercicio de esa potestad por los entes y Administraciones Públicas, aunque resulten distintas las consecuencias de unos y otros. Con ello podemos contemplar un panorama superador del preconstitucional en la regulación de la función pública, en general y en los extremos de ella que han sido aquí analizados.

- Como culminación de esa evolución, el E.B.E.P. ha consagrado los principios del Derecho sancionador general, que son los del *ius puniendi* del Estado, como guía fundamental del ejercicio de aquella potestad sobre los empleados públicos; siendo así que se reconocen como rectores de la exigencia de responsabilidad a los mismos por medio de su régimen disciplinario, partiendo de los arts. 93 y 94.1 de la Ley básica. Los mismos constituyen una comunidad con los que en su día incluyó el legislador en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que ha de ser objeto de interpretación sistemática con los preceptos del E.B.E.P., a pesar de las lecturas que han tratado de

separar este régimen general del disciplinario en razón de las particularidades de éste o de la escisión entre ambos grupos de principios, al cabo equivalentes, que parece que propicia la Ley que regula el procedimiento administrativo común.

En primer lugar se sitúan aquellos principios que se deducen de los arts. 9.3 y 25.1 de la C.E., como son los de legalidad, tipicidad, irretroactividad de las disposiciones no favorables, proporcionalidad y culpabilidad, que enuncia el art. 94.2 del E.B.E.P. en conjunto con sus arts. 95 y 96.

Los de legalidad y tipicidad constituyen las dos vertientes de un mismo principio, que admite una cierta flexibilidad tanto en el respeto al rango formal de las infracciones y sanciones, por la posibilidad de colaboración reglamentaria y el juego conjunto de la reserva de ley y la remisión normativa, como por el uso de conceptos jurídicos indeterminados y otras técnicas con las que el legislador permite que el aplicador de la norma concrete su significado, en su caso, con la pertinente revisión a través del control jurisdiccional. Si en este primer principio la labor definidora del Tribunal Constitucional ha tenido la mayor importancia, en el de irretroactividad se ha visto una mera faceta del anterior en su dimensión temporal, a la que, con todo, la jurisprudencia del Alto Tribunal no ha sido ajena, por la sucesión de normas distintas y de orientación opuesta en este régimen.

De otro lado, la proporcionalidad y la culpabilidad, también tomadas del Derecho penal, se han insertado en todo el Derecho sancionador: en especial el primero, en su doble gradación normativa y aplicativa y por su identificación con el principio con el que se delimitan las técnicas restrictivas de los derechos fundamentales; pero también el segundo por el módulo de culpa exigible para la imposición de una sanción y, especialmente, por la distinción entre el sustrato ético en el que anidan las normas disciplinarias y el sistema de responsabilidad objetiva que preside la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, se han estudiado los derechos y garantías procesales del art. 24 de la C.E., aplicables al procedimiento disciplinario del art. 98 del E.B.E.P. en los términos que ha fijado, igualmente, el Tribunal Constitucional, aunque el art. 94.2.e) de la Ley básica sólo mencione expresamente el de presunción de inocencia, dado su carácter nuclear. Cada uno de los derechos fundamentales que revisten esta naturaleza



procedimental ha sido desarrollado exhaustivamente por la jurisprudencia del Alto Tribunal, lo que proporciona unas herramientas de indudable ayuda a la hora de llevar a la práctica la plasmación jurídico-positiva de estos principios en la Ley.

A los anteriores se unirían, en tercer lugar, otros implícitos en la norma o consecuencia de los anteriores, como la prohibición de la analogía *in malam partem* y el *non bis in idem* en su doble faz sustantiva y procesal, que ha conocido una interesantísima evolución jurisprudencial a la luz tanto de su definitiva formulación como un derecho fundamental dotado de múltiples aristas como de su conexión con todos los principios anteriores y con otro que está explícito en el E.B.E.P., como es la prejudicialidad de la vía jurisdiccional penal *ex art.* 94.3.

Finalmente, aunque podría pensarse que la prescripción de las infracciones y sanciones, cuyos plazos y cómputo regula el art. 97 del E.B.E.P., es extraña a la jurisdicción constitucional, su indudable repercusión en los derechos fundamentales en juego le ha hecho merecedor de atención por la jurisprudencia del Alto Tribunal a la hora de determinar su significado y proyección en este ámbito.

De todos estos principios ha dado cumplida cuenta la jurisprudencia constitucional, en su desarrollo y aplicación tanto al Derecho penal como al sancionador administrativo, siendo su interpretación susceptible de ser traída a la potestad disciplinaria, como también puede afirmarse, en general, de los derechos recogidos en el art. 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

- El carácter “irradiante” de estos principios, tal como ha sido predicado de los derechos fundamentales como proyección de su “mayor valor” en el desarrollo de sus funciones por los poderes del Estado, tendría aquí, como consecuencia más relevante, su aplicabilidad universal en el ámbito del empleo público.

Se propagaría así su eficacia vinculante, en virtud de esa “fuerza expansiva”, tanto al personal al servicio de las Administraciones Públicas *stricto sensu* como a todo aquél que, desempeñando sus servicios en cualquier ente o institución del sector público, u órgano constitucional o estatutario, no tiene el E.B.E.P., *a priori*, como norma de aplicación directa: de ahí que hayamos defendido la extensión de los principios aquí estudiados a todo el personal de los “entes y Administraciones Públicas”, de manera generalizada y sin excepciones.

En resumen, la naturaleza constitucional de los principios de la potestad disciplinaria y su doble faz de derechos subjetivos fundamentales y elementos objetivos del Estado de Derecho les hacen acreedores de un efecto de vinculación para todos los poderes públicos y de una tutela reforzada que rebasa, al cabo, los límites que para su plena eficacia establece el propio E.B.E.P.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*, Tecnos, Madrid, 2001.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., 2ª reimpr., trad. de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, “Presentación”, en VV.AA., *Jornadas sobre Ética Pública. Madrid, 15 y 16 abril 1997*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, págs. 11-16.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Principios y reglas”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, y DE ASÍS ROIG, Rafael, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 147-173.

AZEMAR I MALLARD, Lluís, “Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo (arts. 1 a 7)”, en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, y SÁNCHEZ TORRES, Esther (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, págs. 125-153.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, texto italiano establecido por FRANCIONI, Gianni, Trotta, Madrid, 2011.

CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, “Régimen disciplinario de los empleados públicos: funcionarios y personal laboral”, en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo. Curso extraordinario – Zaragoza, 27 y 28 de septiembre de 2007*, ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2007, págs. 235-271.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, págs. 41-105.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de Administración Pública*, 151, enero-abril 2010, págs. 9-37.

CASTILLO BLANCO, Federico, y QUESADA LUMBRERAS, Javier Eduardo, “Título III. Capítulo VI. Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 555-590.

CATALÀ I BAS, Alexandre, “La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 4, VII Jornadas de la Función Consultiva, julio-diciembre 2005, págs. 181-204.

COTINO HUESO, Lorenzo, “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década)”, *Poder Judicial*, 55, 1999 (III), pág. 291-323.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, en *Obras completas*, ed. y pres. de PUNSET BLANCO, Ramón, BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., y VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, coord. de FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010.

DEL REY GUANTER, Salvador, “Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico”, en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, y SÁNCHEZ TORRES, Esther (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, págs. 97-122.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., 6ª reimpr., Taurus, Madrid, 1988.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DONAIRE VILLA, Francisco Javier, *La ley marco. Teoría y práctica constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

EMBID IRUJO, Antonio, “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137, enero-marzo 2008, págs. 5-30.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 4ª ed. corregida, Civitas, Madrid, 2002.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, 174, septiembre-diciembre 2007, págs. 457-499.

GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso del poder*, Tirant lo Blanch-Syntagma, Valencia, 2008.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68, 2007, págs. 25-50.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 3ª ed. –2ª ed. en Civitas –, Cizur Menor, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo. I*, 15ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo. II*, 12ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011.

GIL IBÁÑEZ, José Luis, “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta (arts. 52 a 54)”, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, págs. 365-392.

GRECIET GARCÍA, Esteban, “Parlamento e infracciones disciplinarias de los funcionarios: ¿el final de algunas ‘perplejidades’?”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 22, nº extraordinario, *La autonomía parlamentaria y el personal al servicio del Parlamento*, 2009, págs. 77-98.

IRURZUN MONTERO, Fernando, “Ética y responsabilidad en la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, 286-287, *Desafíos de la Administración General del Estado en la España del siglo XXI*, enero-agosto 2010, págs. 79-111.

IVARS RUIZ, Joaquín, y MANZANA LAGUARDA, Rafael, *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos: comentarios, doctrina y jurisprudencia: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, y SÁNCHEZ TORRES, Esther (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, págs. 47-95.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, 1ª ed., Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, Madrid, 1994.

LINDE PANIAGUA, Enrique, “Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público”, en LINDE PANIAGUA, Enrique (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Majadahonda, 2008, págs. 9-54.

LINDE PANIAGUA, Enrique, “El régimen disciplinario en el Estatuto Básico del Empleado Público”, en LINDE PANIAGUA, Enrique (dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Colex, Majadahonda, 2008, págs. 283-304.

LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, 2ª ed., ed. de ABELLÁN, Joaquín, y trad. de GIMÉNEZ GRACIA, Francisco, Espasa Calpe-Austral, Madrid, 1997.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, 1ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1994.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan Bautista, “La tipicidad en el procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos”, *Actualidad administrativa*, 10, mayo 2007, págs. 1.167-1.176.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan Bautista, “Régimen disciplinario administrativo de los empleados públicos en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 28, enero-junio 2009, págs. 129-172.

MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2006.

MARTÍN REBOLLO, Luis, “El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado”, *Revista de Administración Pública*, 174, septiembre-diciembre 2007, págs. 129-159.

MARTÍNEZ CORRAL, Juan Antonio, y MANZANA LAGUARDA, Rafael, *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MESEGUER YEBRA, Joaquín, *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos. Análisis práctico de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, recopilación normativa y selección jurisprudencial, actualizado con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2007.

MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2011.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2ª ed., vol. I, Iustel, Madrid, 2007.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

Lord NOLAN, “Lección inaugural”, en VV.AA., *Jornadas sobre Ética Pública, Madrid, 15 y 16 abril 1997*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, págs. 25-34.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, y ARBÓS MARÍN, Xavier, *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio, “Introducción”, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (dir.), *Estatuto Básico del Empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, págs. 11-39.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, “Título I. Objeto y ámbito de aplicación”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 19-88.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 10ª ed., Dykinson, Madrid, 2013.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 136.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, 1ª ed., Fontamara, México D.F., 2000.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, y DE ASÍS ROIG, Rafael, *Curso de Teoría del Derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 319-352.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, y VV.AA., *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “La estructura de las normas de derechos fundamentales”, en VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, págs. 45-56.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos a propósito de los principios”, en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 47-68.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando, y BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus Letrados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 16, 2º semestre 2010, págs. 45-98.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, pról. de CANOSA USERA, Raúl, Reus, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Justicia Administrativa*, 36, julio 2007, págs. 5-23.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Régimen disciplinario”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 541-555.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, y HIERRO HIERRO, Francisco Javier, “Título VII. Régimen disciplinario”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto, y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (dirs.) y QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 969-1008.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel, “El régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 93 a 98)”, en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, y SÁNCHEZ TORRES, Esther (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, págs. 901-932.

VILLORIA MENDIETA, Manuel, “La ética en el Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 52 a 54)” en DEL REY GUANTER, Salvador (dir.) y FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, y SÁNCHEZ TORRES, Esther (coords.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., La Ley, 2008, págs. 645-670.

VV.AA., *Primer informe del Comité sobre las Normas de conducta en la Vida Pública. Presidente Lord Nolan. Tomo I: Informe*, publicado en español por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1996.

VV.AA. (Comisión de las Comunidades Europeas), *La gobernanza europea. Un Libro Blanco*, Bruselas, 25 de julio de 2001.

VV.AA. (Comité de Expertos en Administración Pública de la Organización de las Naciones Unidas), *La función esencial de la administración pública y la buena gestión de los asuntos públicos en la aplicación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas: desarrollo de los recursos humanos. Informe de la Secretaría*, primer período de sesiones, Nueva York, 22 a 26 de julio de 2002.

VV.AA. (Comité de Gestión Pública de la O.C.D.E.), *El gobierno del futuro*, trad. de RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel, rev. de CANALES ALIENDE, José Manuel, Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2003.

VV.AA., *Estatuto Básico del Empleado Público. Informe de la Comisión*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

VV.AA. (“Octopus Interface Conference on Corruption and Democracy”, del Consejo de Europa, celebrada en Estrasburgo el 20 y 21 de noviembre de 2006), “Summary and conclusions”.